

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

DANIEL SCHRAMM

**OS EFEITOS JURÍDICOS DA NÃO PUBLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE
DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO EM UMA CONTRATAÇÃO DIRETA
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

FLORIANÓPOLIS

2013

DANIEL SCHRAMM

**OS EFEITOS JURÍDICOS DA NÃO PUBLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE
DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO EM UMA CONTRATAÇÃO DIRETA
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à
banca examinadora da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo.

FLORIANÓPOLIS

2013

Autor: Daniel Schramm

Título: Os efeitos jurídicos da não publicação dos instrumentos de dispensa e inexigibilidade de licitação em uma contratação direta na Administração Pública.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com nota 10 (dez).

Florianópolis/SC, 04 de julho de 2013

Professor Orientador: Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

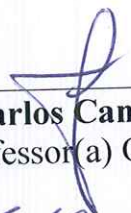
Coordenadora do Curso: Prof^ª. Josiane Rose Petry Veronese

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Os efeitos jurídicos da não publicação dos instrumentos de dispensa e inexigibilidade de licitação em uma contratação direta na Administração Pública**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Daniel Schramm**, defendida em **04/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

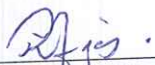
Florianópolis, 4 de Julho de 2013



Luís Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)



André Emiliano Uba
Membro de Banca



Rodrigo Maas dos Anjos
Membro de Banca

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

AGRADECIMENTOS

“Até aqui nos ajudou o Senhor” (1Sm 7,12).

Pela primeira e única vez neste presente trabalho poderei falar na primeira pessoa, logo, peço licença e alerta: não se tratam apenas de agradecimentos por uma Monografia; bem longe disso. Tratam-se de agradecimentos pela conclusão de um curso, pela conclusão de uma fase da minha vida que durou exatos dez anos, ao adeus aos números de matrícula 03241130 e 10200047, enfim, a tudo o que aconteceu e que me trouxe até aqui.

Primeiramente, obrigado Senhor, Tu cuidou de todos os pequenos e grandes detalhes os quais me proporcionaram esta conquista. Hoje posso dizer com certeza: sem Ti nada posso; sem Ti nada sou. Tu me deu uma vida saudável, uma família maravilhosa e amigos igualmente excepcionais. Você mudou a minha história e me guiou até aqui, contigo conquistei todas as metas que coloquei em oração, desde a aprovação nos concursos da Eletrosul e da FATMA até a segunda aprovação no vestibular da UFSC para o curso de Direito. Tudo isso para a Tua glória. Coloco a minha vida em tuas mãos, sempre e de novo. Obrigado meu Deus, em nome de Jesus.

Obrigado também pai e mãe: exemplos perfeitos de honestidade e amor. Vocês me prepararam para a vida, me educaram, me deram a base para que este momento fosse possível. Se um dia eu conseguir chegar perto das conquistas que vocês obtiveram e conseguir formar uma família como vocês formaram já me darei por satisfeito. Tenham certeza, vocês cumpriram tudo e mais um pouco. Eu amo vocês.

Agradeço profundamente aos meus irmãos Xande e Beto, os quais, de maneiras incrivelmente opostas, porém com total excelência e perfeição, são as minhas fontes de inspiração e força para os diversos momentos da vida. Vocês são especiais para mim exatamente como são.

Agradeço aos meus amigos/colegas de trabalho da Eletrosul. Foram sete meses em Joinville e depois mais de dois anos em Florianópolis tendo a oportunidade de trabalhar com pessoas incríveis como Altair, Hamilton Sell, Badoch, Sérvulo, Nazaré, Rutinha, Gabi, Fafá, Pet, Jovani, Vilcon, Rodrigo, Osiel, Lu, Carol, Any, Marcelo e tantos outros que com certeza me esqueci.

Agradeço também aos meus amigos/colegas de trabalho da Consultoria Jurídica da SDS e afins, pela oportunidade de trabalhar na área que atualmente escolhi para seguir e por dividir o tempo com pessoas tão brilhantes e eficientes como André, Solana, Carol, Karen, Elisandra, Magda, Melina, Sueli, Marcos Daniel, Nappi, Nabih, Deise, Bruno, Renan, Júlia e João. Muito

obrigado por me ensinarem e me aturarem.

Por fim, obrigado a todos os meus amigos que até aqui estiveram comigo. Vocês definitivamente fazem parte da minha vida e são diretamente responsáveis pelo o que eu sou. Agradeço aos meus amigos da época do Catarinense que ainda tenho o prazer de ter contato; aos meus amigos da rua, os quais com certeza são responsáveis pelas melhores lembranças da minha infância/adolescência; os meus amigos/primos e outros tão íntimos quanto, aos meus amigos/colegas da faculdade e do Real Madruga e aos meus amigos da igreja e especialmente do grupo de música, sem os quais com certeza eu não seria o mesmo.

Muito Obrigado!

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo principal a investigação dos efeitos jurídicos advindos da não publicação dos instrumentos de inexigibilidade e dispensa de licitação em uma contratação direta na Administração Pública. Utilizou-se a espécie monografia, através do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, centrada na Lei de Licitação – Lei nº 8.666/93 – e na jurisprudência. O desenvolvimento do estudo está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo trata da licitação de forma ampla e abrangente, fornecendo base teórica através de seus conceitos e princípios basilares e outra parte mais voltada à prática, com a investigação de suas modalidades e tipos além dos procedimentos licitatórios. O segundo capítulo estuda as exceções à regra de licitação, abrangendo os temas da inexigibilidade e dispensas de licitação, observando as normativas legais apontadas principalmente nos arts. 17, 24 e 25 da Lei já citada. Por fim, verifica-se no último capítulo do presente trabalho as necessidades procedimentais para a contratação direta, utilizando uma das exceções às regras de licitação supracitadas, conforme ensina o art. 26 da Lei de Licitação. Neste último capítulo examina-se o objetivo central do estudo, que trata de uma inobservância a uma das formalidades exigida neste artigo, qual seja, a publicação na imprensa oficial dos extratos dos instrumentos de inexigibilidade e dispensa. Tem-se como efeito geral, já previamente estipulado no diploma legal citado, a ineficácia dos atos gerados sem a sua observância, restando a esta última parte do trabalho o desenvolvimento deste tema buscando possíveis soluções para o mesmo, a saber, a publicação tardia do instrumento de inexigibilidade ou dispensa.

Palavras-chave: direito administrativo, licitação, contratação direta, inexigibilidade, dispensa de licitação, art. 26 da Lei nº 8.666/93, publicação, imprensa oficial.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2 A LICITAÇÃO E SEUS CONCEITOS FUNDAMENTAIS..... | 12 |
| 2.1 DEFINIÇÃO, CONCEITUAÇÃO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS..... | 12 |
| 2.1.1 Obrigatoriedade de Licitar..... | 14 |
| 2.1.2 Finalidade..... | 15 |
| 2.1.3 Objeto..... | 15 |
| 2.2 PRINCÍPIOS BASILARES..... | 16 |
| 2.2.1 Princípio da Isonomia..... | 16 |
| 2.2.2 Princípio da Vantajosidade – A Seleção da Proposta mais Vantajosa..... | 18 |
| 2.2.3 Princípio da Sustentabilidade – A Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável...18 | |
| 2.2.4 Princípio da Legalidade..... | 19 |
| 2.2.5 Princípio da Impessoalidade..... | 20 |
| 2.2.6 Princípio da Moralidade..... | 21 |
| 2.2.7 Princípio da Publicidade | 21 |
| 2.2.8 Princípio da Probidade Administrativa..... | 22 |
| 2.2.9 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório | 22 |
| 2.2.10 Princípio do Julgamento Objetivo..... | 23 |
| 2.2.11 Princípios Correlatos..... | 24 |
| 2.3 MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO..... | 28 |
| 2.3.1 Concorrência..... | 29 |
| 2.3.2 Tomada de Preço..... | 30 |
| 2.3.3 Convite..... | 31 |
| 2.3.4 Concurso..... | 32 |
| 2.3.5 Leilão..... | 33 |
| 2.3.6 Pregão | 33 |
| 2.3.7 Tipos de Licitação – Critérios de Julgamento..... | 34 |
| 2.3.8 O Sistema Registro de Preços..... | 38 |
| 2.4 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 39 |
| 2.4.1 Fase Interna..... | 40 |
| 2.4.2 Convocação..... | 42 |
| 2.4.3 Apresentação das Propostas..... | 42 |
| 2.4.4 Habilitação..... | 43 |

| | |
|--|-----------|
| 2.4.5 Julgamento ou Classificação..... | 45 |
| 2.4.6 Homologação e Adjudicação..... | 46 |
| 2.4.7 Anulação e Revogação..... | 48 |
| 3 AS EXCEÇÕES À REGRA DE LICITAÇÃO..... | 49 |
| 3.1 VISÃO GERAL SOBRE A CONTRATAÇÃO DIRETA..... | 50 |
| 3.3.1 – A Ausência dos Pressupostos Licitatórios | 52 |
| 3.2 A LICITAÇÃO DISPENSADA..... | 54 |
| 3.2.1 Licitações Dispensadas para Bens Imóveis..... | 55 |
| 3.2.2 Licitações Dispensadas para Bens Móveis..... | 60 |
| 3.3 A LICITAÇÃO DISPENSÁVEL..... | 62 |
| 3.3.1 Licitações Dispensáveis – Pequeno Valor..... | 62 |
| 3.3.2 Licitações Dispensáveis – Situações Excepcionais..... | 64 |
| 3.3.3 Licitações Dispensáveis – Peculiaridades da Pessoa Contratada..... | 66 |
| 3.3.4 Licitações Dispensáveis – Peculiaridades do Objeto que se Busca Obter..... | 68 |
| 3.4 A LICITAÇÃO INEXIGÍVEL..... | 70 |
| 3.4.1 Aquisição de Materiais – Fornecedor Exclusivo..... | 73 |
| 3.4.2 Contratação de Serviços Técnicos Especializados..... | 75 |
| 3.4.3 Contratação de Profissional do Setor Artístico..... | 76 |
| 4 OS PROCEDIMENTOS PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA..... | 77 |
| 4.1 FORMALIDADES PROCEDIMENTAIS NA CONTRATAÇÃO DIRETA | 79 |
| 4.1.1 A Instrução do Processo de Contratação Direta..... | 81 |
| 4.1.2 Justificativa da Contratação Direta – Motivação..... | 82 |
| 4.1.3 Justificativa da Escolha do Contratado | 84 |
| 4.1.4 Justificativa de Preço | 85 |
| 4.1.5 Comunicação à Autoridade Superior..... | 87 |
| 4.2 A PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL..... | 87 |
| 4.3 OS EFEITOS JURÍDICOS DA NÃO PUBLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO..... | 90 |
| 4.3.1 A Publicação Tardia dos Instrumentos de Dispensa e Inexigibilidade..... | 91 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 93 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 97 |

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo trata de Trabalho de Conclusão de Curso, na espécie Monografia, possuindo, como objetivo principal, o apontamento dos efeitos jurídicos ocasionados pela não publicação dos instrumentos de dispensa e inexigibilidade de licitação em um contrato, firmado pela Administração Pública, advindo de contratação direta.

A fim de atingir tal meta, divide-se o desenvolvimento do estudo em três capítulos, que serão abordados com base central na Lei de Licitação, Lei nº 8.666/93, da forma que segue:

O primeiro capítulo tratará da Licitação e apresentará, através de uma parte mais teórica, seus conceitos, características e princípios basilares e, mediante uma abordagem mais prática, observará suas modalidades, tipos e procedimentos.

Por sua vez, o segundo capítulo tratará apenas das exceções às regras da licitação, a saber, as dispensas de licitação, previstas nos arts. 17 e 24 da Lei nº 8.666/93 e os casos de inexigibilidade de licitação, presentes no art. 25, todos da Lei nº 8.666.

Por fim, tratar-se-á dos procedimentos necessários, na Administração Pública, para a formalização da contratação direta, previstos principalmente no art. 26, concluindo com os problemas relativos à publicação dos extratos de dispensa e inexigibilidade de licitação na imprensa oficial.

No presente estudo restringe-se a licitação na Administração Pública para as realizadas apenas pelas pessoas jurídicas de direito público direto e indireto – autarquias e fundações públicas – escusando-se de tratar das empresas públicas e de economia mista, as quais podem possuir regulamentos próprios.

Por fim, itera-se que esta monografia tratará, em suma, de vários dispositivos da Lei de Licitação, objetivando uma análise básica sobre este tema, trazendo conhecimentos teóricos e práticos importantes para qualquer administrador público envolvido com os procedimentos licitatórios, também atentando para as necessidades formais exigidas, inclusive nos casos das contratações diretas. Neste sentido, subentende-se a Lei nº 8.666/93 para os casos de citações de artigos e trechos normativos sem a sua especificação, os quais surgirão no desenvolvimento deste estudo.

2 A LICITAÇÃO E SEUS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com o autor Carvalho Filho (2011, p. 149), em seu Manual de Direito Administrativo, a Administração Pública exerce complexas e variadas atividades, sempre buscando o interesse público, razão pela qual precisa valer-se de contratações para a obtenção de bens, realização de serviços, locações de imóveis, entre outros, preenchendo as lacunas deixadas pela falta de pessoal e de recursos técnicos.

Neste sentido, faz-se necessária, afim de retirar a total discricionariedade que o agente público teria para escolher com quem a Administração iria contratar e para garantir que esta contratação seja, ao mesmo tempo, vantajosa para a administração e isonômica aos interessados, a licitação, como procedimento de Direito Administrativo, brilhantemente conceituada por Celso Ribeiro:

A licitação é um procedimento de direito administrativo a que, em geral, os entes públicos estão sujeitos como medida prévia à escolha dos seus contratos, que podem ser públicos ou privados. Trata-se de um precedente necessário de todo os contratos administrativos, com o fim de proporcionar à Administração a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias ao Estado. (BASTOS 2001, p. 128).

Ou então, segundo Meirelles:

O conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado; sendo os conjuntos harmônicos de princípios jurídicos, as normas doutrinárias que indicam o caráter científico (MEIRELLES, 2012, p. 40)

Logo, tem-se que a Licitação é estudada através do Direito Administrativo, ramo do Direito Público, dotado de princípios jurídicos que regem os órgãos e agentes que integram a Administração Pública, buscando a realização dos fins desejados pelo Estado.

2.1 DEFINIÇÃO, CONCEITUAÇÃO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Em sua definição literal, de acordo com o autor De Placido e Silva (2004, p. 847), em seu Vocabulário Jurídico: “do latim *licitatio*, dos verbos *liceri* ou *licitari* (lançar em leilão, dar

preço, oferecer lance), possui o vocábulo, em sentido literal, a significação do ato de licitar ou fazer preço sobre a coisa posta em leilão ou a venda em almoeda.”

Conforme definição do jurista Hely Lopes Meirelles (2012, p.272), tem-se que, através da licitação, o gestor público busca selecionar a proposta mais vantajosa ou mais adequada, considerando-se a necessidade e a adequação entre o que realmente importa para a Administração. Também está presente a ideia da isonomia, envolvendo a igualdade de condições entre todos os interessados em participar da licitação.

Ou ainda, através da seguinte conceituação de José Cretella:

Licitação, no Direito Público brasileiro atual, a partir de 1967, tem o sentido preciso e técnico de procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, seleciona, entre várias propostas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade (CRETELLA JÚNIOR 2009, p. 52.)

Concluindo, segundo o entendimento do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (MELLO, 2006, p. 492)

Ainda no início do estudo deste instituto jurídico, faz-se necessário a verificação de sua conformidade com o ordenamento legal. Parte-se então da assimilação da competência legislativa da União, sobre esse assunto, a qual pode ser claramente confirmada através do Inciso XXVII, art. 22 da Magna Carta:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173¹, § 1º, III;

1 Art. 173. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Constituição Federal, 1988)

No mesmo sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, assevera, em seu art. 37, Inciso XXI que, no plano geral, todas as obras, serviços, compras e alienações deverão ser contratados através de procedimento licitatório.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Constituição Federal, 1988)

Este texto constitucional é regulamentado pela Lei de Licitações – Lei Federal nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 – a qual institui suas normas gerais para tais procedimentos no âmbito dos Poderes da União, Estados, Distritos Federais e dos Municípios, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes citados.

2.1.1 Obrigatoriedade de Licitar

Devido ao princípio da indisponibilidade, a Administração Pública é obrigada a licitar, sempre em condições de igualdade, competitividade e objetividade, pretendendo a proposta mais vantajosa, conforme ensina Marcelo Alexandrino, em sua obra *Direito Constitucional Descomplicado*:

A administração pública está obrigada a licitar pois não tem disponibilidade da coisa pública, ou seja, em função do princípio da indisponibilidade do interesse público ela deve realizar negócios e fechar contratos somente quando, em condições de igualdade, oferecer, a todos os interessados, oportunidades de lançarem propostas, as quais deverão ser, segundo critérios objetivos e transparentes, julgadas de forma a chegar na proposta mais vantajosa. (ALEXANDRINO 2011 p. 417)

A partir deste ensinamento e conforme já citado nos art. 37, CF/88 e art. 2º, Lei nº

8.666/93, tem-se que a regra para a Administração Pública é a licitação, porém esses mesmos artigos preveem as exceções à licitação, como bem será estudado no próximo capítulo deste estudo, relativizando a obrigatoriedade da Administração em realizar a licitação.

2.1.2 Finalidade

O jurista Hely Lopes Meirelles, em sua obra, *Direito Administrativo Brasileiro*, expõe que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de reincidência e moralidade nos negócios administrativos. (MEIRELLES, 2012, p.272)

Clarificando, dessa feita, a finalidade precípua do procedimento licitatório, qual seja, a de satisfação de uma necessidade da Administração Pública, relacionada com a execução de obras, serviços, aquisição de bens ou com a alienação de bens móveis ou imóveis de sua propriedade, observando o princípio da isonomia.

[...] duas são as finalidades da licitação. De fato, a licitação visa proporcionar, em primeiro lugar, às pessoas a ela submetidas, a obtenção da proposta mais vantajosa, e, em segundo lugar, dar igual oportunidade aos que desejam contratar com essas pessoas [...].” (GASPARINI, 2009, p. 479).

2.1.3 Objeto

Constituem os objetos de licitação, sendo passíveis de contratação por parte da administração pública, de acordo com o art. 1º da Lei nº 8.666/93, as obras, serviços, inclusive os de publicidade, as compras, as alienações, as locações, as concessões e as permissões. A sua indicação deve ser clara e precisa, sendo um dos pressupostos de validade ou condição de legitimidade da licitação:

Ao comprar, a Administração deve proceder com a maior objetividade, para que os preços sejam reduzidos e o objeto adquirido seja exatamente o individuado. (CRETELLA JÚNIOR, 2009, p. 191)

2.2 PRINCÍPIOS BASILARES

Princípios são, de acordo com Joel de Menezes Niebuhr (2008, p. 30), o ponto de partida sobre a qual se constrói o ordenamento jurídico. Dessa feita, para a boa compreensão da lei, faz-se necessário conhecer os princípios os quais lhe deram origem; nisto embasa-se o esforço, neste presente trabalho, de percorrer, de maneira satisfatória, a grande base principiológica que envolve a licitação.

Os princípios básicos que norteiam as atividades licitatórias estão elencados no art. 3º da Lei nº 8.666, em um rol exemplificativo, que não exaure este assunto, e também claramente evidenciados na Magna Carta, em seu art. 37, Inciso XXI.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a seleção da **proposta mais vantajosa** para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos. (grifou-se)

2.2.1 Princípio da Isonomia

A Isonomia é dos princípios centrais na licitação, apontado tanto no art. 37, XXI da Constituição Federal, como no art. 3º da Lei 8.666/93. É definido por Washington dos Santos, em seu Dicionário Jurídico Brasileiro de 2001 como “condição ou estado de todas as pessoas que são, indistintamente ou com igualdade, submetidas à mesma regra jurídica” .

É apontada por Joel Menezes Niebuhr como “causa mor da licitação”, uma vez que o contrato administrativo implicará benefício econômico ao futuro contratado e, dessa forma, todos aqueles que tiverem o interesse em auferir tal benefícios devem ser tratados de forma igualitária.

Este princípio intenta vedar a ação discriminatória e arbitrária, do agente público, em

detrimento ou proveito de alguém, sendo assim, obrigação da administração pública não somente buscar a proposta mais vantajosa mas também dar a todos os concorrentes aptos a mesma oportunidade.

Em face do princípio da isonomia, a lei suporta o discrimen que se cinja a assegurar determinada finalidade de interesse público. No caso das licitações, a norma constitucional condescende em que a Administração dirija aos licitantes exigências tão só indispensáveis “à garantia do cumprimento das obrigações. (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 59)

Assim como todo o princípio, a isonomia deve ser considerada sempre em uma interpretação generalista, considerando os outros princípios envolvidos no procedimento licitatório. Dessa forma afirma-se que existem outros princípios que se chocam com a ideia do tratamento igualitário, cabendo à Administração usar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – os quais serão estudados a seguir – entre outros, para não comprometer o interesse público envolto no processo licitatório, resultando em um pleito justo.

Faz-se necessário, desde já, considerar como o princípio da isonomia se envolve com as exceções às regras da licitação. Sobre isto o autor Marçal Justen ensina:

A questão da isonomia apresenta contornos emblemáticos, no tópico da contratação direta. É inquestionável que dispensa ou inexigibilidade de licitação não significam suspensão da incidência do princípio da isonomia. Esse princípio se aplica no curso de toda e qualquer atividade administrativa. A peculiaridade reside em que a isonomia será respeitada segundo as circunstâncias apuráveis para fins da contratação direta.” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 368)

O mesmo autor exemplifica, com simplicidade, como o princípio da isonomia deve ser usado, na busca de uma contratação direta, de forma que este não entre em choque com outros princípios como o da legalidade e da eficiência:

Considera-se, por exemplo, o caso de contratação de advogado de prestígio para defesa do Estado em processo judicial de grande relevo. A observância da isonomia não significa considerar todos os advogados inscritos na OAB em igualdade de condições e selecionar um deles por sorteio, pois isto iria, provavelmente, causar a nulidade da contratação [...] Ou seja, terão de ser tratados igualmente aqueles que estão em situação igual. No exemplo, somente podem ser contratados os advogados com reputação profissional, experiência e conhecimento compatíveis com a dimensão e complexidade da demanda.” (JUSTEN FILHO 2012, p. 443-444)

2.2.2 Princípio da Vantajosidade – A Seleção da Proposta mais Vantajosa

É objetivo central do procedimento licitatório, ao seu final, a seleção da proposta mais vantajosa para administração pública, fechando o melhor contrato possível entre o público e o prestador do serviço, da obra ou do fornecedor.

O princípio da vantajosidade está intimamente ligado com o binômio qualidade e onerosidade. Enquanto busca-se uma qualificação maior em determinada prestação de serviço, obtém-se uma contrapartida pecuniária mais elevada, neste sentido, o princípio da vantajosidade é o norte que a administração pública tem na busca do melhor custo-benefício, de acordo com o que ensina Marçal Justin:

A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. (JUSTEN FILHO 2012, p. 61)

Conclui-se que nem sempre a proposta mais vantajosa será a mais barata, ou a mais sustentável ou ainda aquela com o fornecedor mais conhecido, ou seja, novamente tem-se que o princípio da vantajosidade irá observar e contemplar todos os demais princípios e fundamentos licitatórios, objetivando o melhor negócio para a administração pública.

2.2.3 Princípio da Sustentabilidade – A Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável

O Princípio da Sustentabilidade está baseado na alteração que a Lei nº 12.349/2010 trouxe à Lei das Licitações, incluindo o trecho que expressa que a licitação destina-se a garantir, além do tratamento isonômico entre os participantes e a seleção da proposta mais vantajosa, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Tal trecho é regulamentado pelo Decreto nº 7.746/12, o qual estabelece critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP.

A definição de sustentabilidade, termo inicialmente introduzido por Lester Brown, na década de 1980 para definir uma comunidade capaz de satisfazer às próprias necessidades sem reduzir as oportunidades das gerações futuras (TRIGUEIRO 2005, pág. 19), pode ser resumida

como as ações pessoais ou coletivas, que visam o desenvolvimento econômico e material sem prejudicar o meio ambiente, se utilizando, de forma inteligente, dos recursos naturais existentes, ou ainda, conforme a *World Wide Found for Nature*:

[...] é o desenvolvimento capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações. É o desenvolvimento que não esgota os recursos para o futuro. (WWF, 2009)

Com base nesta conceituação, tem-se que a Licitação Sustentável busca, como dito anteriormente, além da isonomia no trato com os participantes, a busca da melhor proposta possível, observando o desenvolvimento sustentável, ou seja o bem do meio ambiente, de acordo com a lição de Carvalho Filho *apud* Vagner Bertoli:

Compra Pública Sustentável ou Licitação Sustentável é um processo por meio do qual as organizações, em suas licitações e contratações de bens, serviços e obras, valorizam os custos efetivos que consideram condições de longo prazo, buscando gerar benefícios à sociedade e à economia e reduzir os danos ao ambiente natural. (CARVALHO FILHO, 2011, p.5 *apud* Vagner Bertoli in Licitação Sustentável, 2009)

Ademais, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e a busca pela licitação sustentável, é papel da Administração Pública, que deverá, sempre que possível, estar presente nos editais e termos de referência que preparem o procedimento licitatório, objetivando o equilíbrio ambiental, conforme indica o art. 225 da Carta Magna brasileira:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

2.2.4 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade é um dos nortes basilares de toda a atividade administrativa (CARVALHO FILHO 2011, p. 153), demonstrando que o administrador público deverá somente atuar dentro do que a lei estipula, nunca deixando sua vontade pessoal prevalecer, livrando a sociedade de abusos de conduta individuais.

No procedimento licitatório, este princípio limita o agente público a agir somente dentro do caminho determinado em lei, observando o devido processo legal, a escolha da

modalidade correta, os requisitos de habilitação dos candidatos, vedando qualquer providência ou restrição sem a autorização legislativa.

Faz-se necessário frisar que, o Princípio da Legalidade também é observado nos casos de exceções à regra de licitação – casos de dispensa, inexigibilidade, entre outros, que serão estudados a seguir – desde esta decisão, passando por todas as fases exigidas até a contratação pretendida. Desde já deve ficar claro que mesmo tratando-se de exceções às regras licitatórias, todas estas observarão as normas legais da administração pública.

2.2.5 Princípio da Impessoalidade

De acordo com Marcelo Alexandrino, em sua obra *Direito Constitucional Descomplicado*, o Princípio da Impessoalidade, no Direito Administrativo, está ligado à finalidade da atuação administrativa, qual seja, a satisfação do interesse público e à vedação à promoção pessoal do agente público.

Em seus atos administrativos, o agente público nunca buscará sua auto promoção – como assim é consagrado no § 1º do art. 37 do Diploma Federal² – estando proibida a pessoalização das realizações da Administração Pública, devendo eles somente visar a satisfação do interesse público, podendo ser estes, ao contrariar tal regra, anulados por desvio de finalidade.

Dessa feita, os procedimentos licitatórios deverão estar despidos de qualquer inclinação, tendência ou preferência subjetiva, devendo sempre ignorar identidades, conforme ensina Marçal Justin:

A impessoalidade consiste na vedação a preferências ou aversões da autoridade julgadora relativamente à identidade ou aos atributos pessoais dos participantes no certame licitatório. O resultado do certame não pode fundar-se em características pessoais dos licitantes, a não ser que tais atributos tenha sido indicados na lei ou no ato convocatório com causa jurídica para um certo resultado. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 74)

2 Art. 37. [...] § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

2.2.6 Princípio da Moralidade

O Princípio da Moralidade exige, em termos gerais, que o administrador se pautar por conceitos éticos. É na ausência de disciplina legal que tal preceito se destaca, pois, como ensina o jurista Marçal Justen Filho (2012, p. 76) mesmo sem o diploma normativo o agente público – ou mesmo o particular – não poderá agir através de conduta ofensiva à ética e à moral.

Observa-se que, na licitação, a conduta moralmente reprovável leva tal ato ou procedimento à nulidade, estando, dessa forma a moralidade intrinsecamente ligada à legalidade.

2.2.7 Princípio da Publicidade

A Publicidade é um princípio de fundamental importância no Direito Administrativo, intimamente relacionado com a moralidade, legalidade e isonomia, sendo requisito de eficácia, de acordo com o jurista Hely Lopes Meirelles, o qual afirma que “pela publicação, os atos irregulares não são convalidados, nem os regulares a dispensam”.

O jurista Oswaldo Aranha Bandeira de Mello considera a publicação, ou a comunicação, como condição de eficácia ou validade do ato e Marcelo Caetano, ao estudar, com notável precisão, os atos administrativos, assegura que estes só passam a ter eficácia, isto é, a produzir efeitos, após a sua publicação, quando esta é exigida pela lei.

Este princípio está explícito na Lei das Licitações, além do *caput* do art. 3º, também em seu § 3º³, indicando basicamente que a licitação deverá, em todos os seus atos, ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o seu conhecimento para o maior número de pessoas possíveis, vendendo-se a sigilosidade. Demostram a importância de tal princípio, a exigência da publicação, entre outras situações, na Lei 8.666/93, quando da publicação dos avisos, contendo o resumo dos editais na imprensa (art. 21), na audiência pública e no caso de licitações que envolvam valores vultosos (art. 39).

Faz-se mister, desde já, ligar tal princípio com o objetivo final desta monografia, qual seja, a de debater a publicidade da dispensa e da inexigibilidade de licitação e o efeito de sua

3 § 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

ausência para o contrato administrativo firmado. Logicamente tal assunto será amplamente debatido mais a frente, porém não se pode deixar passar este momento sem levantar as primeiras teses.

Dessa feita, observa-se que o princípio da publicidade também está presente nos procedimentos administrativos necessários para a contratação direta, via dispensa de licitação ou inexigibilidade, conforme ensina o art. 26 da Lei das Licitações, que claramente coloca tal publicação como condição para a eficácia dos atos:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e **publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.** (grifo nosso)

2.2.8 Princípio da Probidade Administrativa

O Princípio da Probidade Administrativa tem o sentido de honestidade, boa-fé, moralidade por parte dos administradores, preceitos estes que devem ser buscados pelos agentes públicos, em todos os seus atos administrativos. Em suma, a confiança que o cidadão busca no administrador público, passa pelo exercício honrado, honesto e probo de sua função pública.

Nos procedimentos licitatórios, tal princípio exige que o administrador atue com honestidade e probidade, tanto para com os licitantes, como perante a administração pública, buscando o princípio da vantajosidade e o interesse público, estando, ao contrariar tais princípios, agindo de forma improba, à mercê das sanções civis, penais e administrativas cabíveis.

2.2.9 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 529), obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que foram previamente estabelecidas para disciplinar o certame, conforme está consignado no art. 41 da Lei nº 8.666: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

A sua vinculação é a garantia, tanto ao administrados quando ao administrador, que as regras inicialmente traçadas para o procedimento deverão ser fielmente observadas por todos, uma vez não respeitada, o procedimento torna-se inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação evita a alteração de critérios de julgamento e traz a clareza aos interessados no pleito licitatório das pretensões da Administração.

Em suma, uma vez definidas as regras da licitação, por meio da publicação do instrumento convocatório, restam às partes, Administração Pública e proponentes, a estrita observância àqueles termos.

2.2.10 Princípio do Julgamento Objetivo

O Princípio do Julgamento Objetivo intenta, de acordo com o Celso Antônio Bandeira de Mello, impedir que a licitação seja decidida sob influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora.

A Lei das Licitações, em seu art. 45, utiliza-se deste princípio para explicar de que forma será feito o julgamento das propostas – esta fase será explicada com detalhes mais a frente – de forma objetiva e de acordo com os critérios já pré estabelecidos:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Ou seja, na instituição deste princípio, o legislador descarta os subjetivismos e personalismos, não só na fase de julgamento final, como em todas as outras fases onde exista espécie de julgamento, de modo que os atos da Administração jamais possam ser ditados por gosto pessoal ou favorecimento.

Ademais, cristalino fica a ligação entre o princípio do julgamento objetivo e o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que aquele se baseia nos critérios indicados no edital e nos termos específicos das propostas, não podendo, em tese – observando aqui que, quando do julgamento de critérios ligados aos tipos de licitação envolvendo técnica, existirá

certa dose de subjetividade – haver espaço para qualquer discricionariedade na apreciação das propostas pela Administração (ALEXANDRINO, 2011, p. 577).

Confirmando, em outras palavras tem-se, de acordo com o autor Carvalho Filho que:

O princípio do julgamento objetivo é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 155)

2.2.11 Princípios Correlatos

Em seu art. 3º, a Lei das Licitações apresenta, de forma explícita, uma série de princípios, porém, ao seu final, afirma que a licitação também deverá observar os princípios que lhes são correlatos. São estes os princípios que estão implícitos, ou seja, subentendidos na norma, não deixando de serem essenciais para o procedimento licitatório:

Além dos princípios básicos que o Estatuto expressou, foram previstos outros que, de uma forma ou de outra, guardam conexão com aqueles. O art. 3º do Estatuto, depois de mencionar os princípios básicos, referiu-se aos princípios correlatos. São, assim, correlatos aqueles princípios que derivam dos princípios básicos e que com estes têm correlação em virtude da matéria de que tratam. Por serem correlatos e derivados, encontram-se dispersos na regulação disciplinadora das licitações. (CARVALHO FILHO 2011, p. 155)

a) Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência foi oficialmente adicionado aos princípios gerais da administração pública, elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, juntando-se aos outros quatro já consagrados princípios. Esta adição, no texto constitucional, demonstra a preocupação do legislador com tal característica, induzindo o agente público a agir dessa forma, inclusive nos procedimentos licitatórios.

Para explicar tal princípio, considera-se a eficiência em função de outros três aspectos fundamentais, o preço, a qualidade e a celeridade, dos quais decorrem outros três princípios, o do justo preço, o da seletividade e o da celeridade, que devem ser considerados como base para propiciar um procedimento licitatório eficiente. Joel de Menezes Niebuhr explica

brilhantemente:

A eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade. Daí que do princípio da eficiência, mais abrangente, decorrem outros princípios, entre os quais o do justo preço, o da seletividade e o da celeridade. O princípio do justo preço demanda que a Administração não assuma compromissos com preços fora de mercado especialmente com preços elevados. O princípio da seletividade requer cuidados com a seleção do contratante e da proposta, relacionando-se diretamente com a qualidade do objeto contratado. O princípio da celeridade envolve o tempo necessário para realizar a licitação, que deve ser o mais breve possível. Logo tais princípios, repita-se do justo preço, da seletividade, e da celeridade, remetem ao princípio mais abrangente da eficiência. Ora, a observância de todos eles, em conjunto, releva a tão almejada eficiência. (NIEBUHR, 2008, p. 33)

Resta a advertência que, em momento algum, deve o princípio da eficiência, ser usado como escusa para burlar o princípio da legalidade ou qualquer outro princípio licitatório, de forma que deva ser usado sempre em consonâncias com os demais.

b) Princípio da Competitividade

O Princípio da Competitividade está previsto na Lei das Licitações, na vedação apresentada no Inciso I, § 1º de seu art. 3º, fazendo com que a Administração não comprometa, restrinja ou frustre o caráter competitivo do procedimento licitatório, que deverá possibilitar, da melhor maneira, a disputa e o confronto entre os licitantes, tornando a seleção mais vantajosa:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (grifo nosso)

Ainda neste prisma, Jessé Torres Pereira Júnior empresta seu entendimento sobre o assunto:

A nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. Este é de sua essência, é a razão de existir do instituto. Deveria figurar entre os princípios referidos no caput do art. 3º, embora se possa presumir sua

presença entre os correlatos, tanto que será inexigível a licitação “quando houver inviabilidade de competição” (art. 25). (PEREIRA JÚNIOR 2003, p. 56.)

Em suma, a competição é essencial à licitação, ou seja, somente promove-se o pleito licitatório quando existir a concorrência entre os licitantes, vedando-se à Administração frustrar tal característica quando do momento da elaboração dos atos convocatórios. Entretanto, entende-se como válida a licitação com apenas um licitante, desde que este apresente uma proposta vantajosa e cumpra com as exigências do pleito.

Ademais, quando realmente a competição não for possível, não se tratando apenas de um isolado caso temporal ou local ou ainda de um vício do ato convocatório, cometido pelo agente administrativo responsável, torna-se impossível a licitação, deixando esta de ser exigível – caso claro de inexigibilidade de licitação, que será estudada no próximo capítulo.

c) Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

De acordo com Niebuhr (2008, p. 37), os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são importantes enquanto reguladores da discricionariedade do agente público no pleito licitatório, em razão da dificuldade da norma legal ou o próprio instrumento convocatório predetermina todas as soluções necessárias para certos impasses. Da mesma forma, a discricionariedade estará presente nos atos procedimentais internos da licitação, na definição de seu objeto, nos quantitativos a serem exigidos nos atestados de capacitação técnica, nas medidas das sanções administrativas, entre outros, exigindo que o agente aja com razoabilidade e proporcionalidade.

A razoabilidade afirma que a ação administrativa, especialmente as discricionárias, devem encontrar amparo em justificativas racionais, no bom senso, não devendo ser despropositadas e fugirem do senso comum.

Já a proporcionalidade, que apresenta similaridades com a razoabilidade porém não se confundindo, requer a adequação do Poder Público entre os fins desejados e os meios utilizados para atingi-los, significando na licitação, o equilíbrio entre as suas finalidades, sendo a satisfação do interesse público a sua principal. Tal princípio também faz-se presente na aplicação das sanções administrativas, levando em conta a gravidade do ato cometido pelo contratado.

d) Princípio do Procedimento Formal

O Princípio do Procedimento Formal é retirado da própria Lei nº 8.666/93, em seus arts. 4º (em seu parágrafo único), 38, 41 e 43, demarcando a atuação, tanto da Administração quanto dos licitantes, vinculando-a a procedimentos formais pré estabelecidos e regulados. Dessa forma, impõem-se a necessária obediência aos ritos e fases previstos em lei, assim como nos seus regulamentos, instruções complementares e edital na lei, em seus regulamentos, nas instruções complementares e no edital.

Tal princípio decorre dos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório. Ainda assim a sua formalidade é limitada pela necessidade de eficiência administrativa, sendo que a jurisprudência tem repellido exigências irrelevantes para a execução do contrato administrativo.

e) Princípio da Economicidade

O Princípio da Economicidade, de acordo com Niebuhr, não foi nominalmente citado, tendo sua menção indiretamente ligada ao Princípio da Vantajosidade, no *caput* do art. 3º da Lei das Licitações. Este pode ser definido como a busca permanente pelos agentes públicos da melhor alocação possível dos escassos recursos públicos, diminuindo estes gastos, colaborando na solução dos problemas sociais existentes, tendo uma forte correlação com o Princípio da Eficiência.

Tal princípio também tem a sua associação com o Princípio da Moralidade, como destacado por Justen Filho (20012, p. 72-73), se contrapondo a possíveis vantagens pessoais do agente público em decisões administrativas.

O Princípio da Economicidade também é uma das justificativas utilizadas para os casos de dispensa de licitação em razão do pequeno valor, abarcadas pelos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93, impedindo a onerosidade decorrente do tempo despendido e dos recursos materiais e pessoais utilizados na realização de um certame licitatório, quando desproporcionais tais custos em relação ao valor do contrato a ser firmado.

f) Princípio da Adjudicação Compulsória ao Vencedor

O Princípio da Adjudicação Compulsória ao Vencedor, segundo Meirelles (2012, p. 260) “impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor.”, conforme afirma o art. 50 da Lei das Licitações:

Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

Dessa forma, tal princípio garante ao vencedor o direito prioritário a ser contratado, não obrigando a Administração a efetuar a contratação, ou seja se o órgão público for contratar, terá que fazê-lo com o vencedor.

2.3 MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO

Após compêndio com relação às definições e conceitos gerais sobre a licitação e um estudo sobre os seus princípios, faz-se necessário compreender, brevemente, sobre suas modalidades, as quais representam, de acordo com Marçal (2012, p. 292), as diversas formas de regular o procedimento de seleção das propostas, ou ainda, o conjunto de regras que devem ser observadas na realização de um determinado procedimento licitatório e, da mesma forma, conhecer sobre os seus tipos existentes, que nada mais são do que os critérios utilizados para o julgamento das propostas.

Deixa-se claro que, neste momento, não existe a pretensão de exaurir tais temas, os quais apresentam muitas especificidades, mas sim, através de um apanhado geral, deixar o presente estudo mais completo, colaborando na compreensão dos itens a serem abordados nos capítulos seguintes, a saber, as exceções às regras da licitação, as quais tem algumas normas apoiadas em particularidades que aqui serão abordadas.

A Lei nº 8.666/93, cita, em seu art. 22, cinco modalidades licitatórias, a saber concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, existindo ainda uma sexta, o pregão, que é regulada pela Lei nº 10.520/2002 e, em seu art. 23, os limites, tendo em vista o valor estimado da contratação.

O jurista Marçal Justen Filho divide estas cinco modalidades em dois grupos: as comuns, abrangendo a concorrência, a tomada de preços e o convite, as quais podem ser utilizadas

para qualquer tipo de contratação, exceto quando se tratar de objeto das modalidades especiais, o concurso e o leilão, que são destinados à finalidades específicas, com procedimentos licitatórios estruturados segundo suas especificidades.

Em regra, a escolha das modalidades dá-se em razão do valor da contratação ou do objeto a ser contrato, com será melhor descrito a seguir.

A licitação não é sempre igual, obedecendo em razão de certas exigências a regimes jurídicos diversos que consubstanciam as suas espécies ou modalidades. As modalidades são as várias espécies de licitação conforme os respectivos regimes jurídicos. As modalidades de licitação variam, em quantidade e formalidades (...) (GASPARINI, 2009, p. 454).

2.3.1 Concorrência

A concorrência, de acordo com Niebuhr (2008, p.103), “é a modalidade padrão de licitação pública”, destinada aos contratos mais complexos e importantes, preservando, com maiores rigores, o interesse público. Ou ainda “é a modalidade de licitação adequada a contratações de grande vulto” (CARVALHO FILHO 2011, p.171).

De acordo com o art. 23 da Lei nº 8.666/93, deve-se adotar, obrigatoriamente, a modalidade da concorrência para obras e serviços de engenharia, cujos valores estimados ultrapassem a quantia de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), demais contratos que ultrapassem a quantia de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), em compras e alienações de bens imóveis – nesta última para as quais não se haja adotado a modalidade leilão, imóveis cujas aquisições derivaram de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento – em licitações internacionais – salvo exceções do § 3º, art. 23 ou se o objeto da licitação for classificado como bem ou serviço comum – e em licitações para as concessões de direito real de uso do serviço público.

Por se tratarem de recursos financeiros mais elevados, a serem empregados pela Administração, esta modalidade apresenta maior rigor formal, exigindo uma fase inicial de habilitação preliminar, com posterior análise e julgamento das propostas, por comissão, necessitando ainda da mais ampla divulgação, demandando ampla participação no pleito.

Possui ampla publicidade, dispondo de prazos mais longos, sendo que o mínimo entre a publicação do edital e a abertura dos envelopes é de 45 dias nos casos envolvendo regime de empreitada integral ou se o tipo de licitação for o de melhor técnica ou técnica e preço, apresentando o prazo de 30 dias para os demais casos.

Outra característica desta modalidade é a da universalidade, que possibilita a participação de quaisquer interessados na concorrência, independente de registro cadastral.

Faz-se mister frisar que, de acordo com o art. 39 da Lei nº 8.666/93, as concorrências que excederem o valor de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), obrigam o agente público a realizar, com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital e com divulgação prévia mínima de 10 dias, uma audiência pública para discutir o processo com a sociedade.

2.3.2 Tomada de Preço

A tomada de preço é, de acordo com CARVALHO FILHO (2011, p. 172), “a modalidade de licitação entre interessados previamente cadastrados nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas, ou que atendam a todas as exigências para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas”.

Tal modalidade é voltada para valores medianos, inferiores à concorrência. De acordo com NIEBUHR (2008 p. 104), a tomada de preço poderá ser usada para as obras e os serviços de engenharia cujo valor da contratação não ultrapasse R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), para os demais contratos que não ultrapassem a quantia de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) e para as licitações internacionais, quando o órgão licitante possuir cadastro internacional de fornecedores.

A tomada de preço possui menos formalidades do que a modalidade anteriormente estudada, dispondo de prazos mais curtos, sendo que o mínimo entre a publicação do edital e a abertura dos envelopes é de 30 dias para as licitações de tipo melhor técnica ou técnica e preço, apresentando o prazo de 15 dias para os demais casos.

Possui as características da universalidade, ampla publicidade, assegurada pela

publicação do aviso do edital, no mínimo uma vez habilitação preliminar, julgamento por comissão, verificando os requisitos pessoais dos interessados, sob aspecto da capacidade jurídica, da regularidade fiscal, da qualificação técnica e da idoneidade econômico – financeira e a habilitação prévia, ocorrendo no momento do cadastro de registros, podendo possuir a habilitação comum, no caso de proposta de licitantes de fora do cadastro de registros ou se forem exigidos outros documentos.

2.3.3 Convite

De acordo com o autor Hely Lopes Meirelles (2012 p. 334) “convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas no prazo mínimo de cinco dias úteis”, ou ainda, de acordo com JUSTEN FILHO (2012, p. 300), quando afirma que o “convite é adequado quando o objeto a ser contratado é simples o suficiente para ser realizado por qualquer profissional de uma determinada área”.

Conforme ensinado por CARVALHO FILHO (2011 p.173), tal modalidade comporta menos formalidades, não exigindo o edital, sendo o seu instrumento convocatório a carta-convite, a qual contém, de forma sucinta, as regras do pleito, e é enviada a, no mínimo, três interessados do ramos a quem pertence o objeto do contrato, livremente escolhidos pelo agente público, entre empresas cadastradas ou não.

Atenta-se que o instrumento convocatório não necessita ser publicado oficialmente, apenas necessitando ser afixado em local apropriado, geralmente quadro de avisos do órgão licitante. De acordo com NIEBUHR (2008, p.105), “o prazo mínimo entre a pretensa publicidade da carta-convite e o recebimento dos envelopes é de cinco dias úteis”, sendo estes prazos dobrados, nos casos de consórcios públicos, da mesma maneira que ocorre para as modalidades concorrência e tomada de preço.

Dessa forma, fica claro que a modalidade de convite é a que comporta menos formalismos, devido a ser destinada a contratações de menor vulto econômico. Ela pode ser aplicada nos procedimentos licitatórios que envolvem obras e serviços de engenharia, cujos valores não excedam R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), nos demais contratos cujos valores não

sejam superiores a R\$ 80.000,00 e nas licitações internacionais, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país.

2.3.4 Concurso

O concurso é a primeira das modalidades especiais, de acordo com classificação já abordada aqui, e tem a sua definição apresentada, através do art. 22, § 3º da Lei das Licitações, brilhantemente condensada da seguinte forma:

[...] define o concurso como a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com a antecedência mínima de quarenta e cinco dias (ALEXANDRINO 2011, p. 615)

Como por ser observado, o concurso tem características distintas e marcantes, dispensando certas formalidades, não sendo aplicados os tipos de licitação para o seu julgamento. Dessa feita e com base no § 5º do art. 51 da Lei 8.666/93, é formada uma comissão especial de julgadores, constituída de servidores públicos ou não, de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria.

A natureza de seu objeto, e não o seu valor, define a utilização desta modalidade, a qual necessita um regulamento próprio, exigido pelo art. 52 da Lei das Licitações, a ser obtido pelos interessados em local indicado no edital, existindo necessidade de cláusulas de autorização de uso, do vencedor para a administração pública, além de envolver questões de direito autoral. A publicidade do edital deve ser feita com a antecedência mínima de quarenta e cinco dias para o recebimento dos trabalhos.

Atenta-se para a preferência da utilização de concurso para os contratos de prestação de serviços técnicos, de acordo com os incisos do art. 13 e seu § 1º, na Lei nº 8.666/93.

De acordo com MEIRELLES (2012, p. 336), o “concurso exaure-se com a classificação dos trabalhos e o pagamento dos prêmios, não conferindo qualquer direito a contrato com Administração.” No caso de concurso para projetos, a execução deste “será objeto de nova

licitação [...] para a realização da obra ou execução do serviço”.

2.3.5 Leilão

O leilão é a outra modalidade especial de licitação, com característica de ampla divulgação, com a rigorosa observância do princípio da publicidade – conforme art. 22 § 5º da Lei das Licitações.

Na modalidade de leilão, a Administração pode ter três objetivos: 1) vender bens móveis inservíveis; 2) vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e 3) alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento, como o permite o art. 19 do Estatuto. (CARVALHO FILHO 2011, p. 174)

Além destes objetivos existe ainda a possibilidade de venda de bens móveis até o valor de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

O leiloeiro é a figura responsável por esta modalidade na qual a regra geral afirma que o candidato que oferecer maior lance, sendo este igual ou superior à avaliação do item, tem direito à compra, com os valores sendo pagos à vista.

2.3.6 Pregão

Externa à Lei das Licitações, o pregão trata de nova modalidade, editada pela Lei nº 10.520/2002, com o objetivo de acelerar o processo da escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas.

Inicialmente criada pela lei nº 9.472/92, para ser aplicada somente pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, tal modalidade foi aberta para toda a Administração pública, podendo ser usada para a contratação de bens e serviços comuns, de acordo com as definições constantes de sua própria lei, independentemente do valor do contrato, na forma presencial ou eletrônica – a distância, mediante utilização de sistema informatizado, com comunicação através da

internet.

Suas características procedimentais, conforme ensina NIEBUHR (2008, p. 106 - 107) destacam a celeridade, através de prazos mais curtos – oito dias úteis desde a publicação do edital e a apresentação das propostas e da inversão do momento da habilitação, que, dessa forma, ocorre após o julgamento, e apenas para o melhor classificado e da aceitação dos recursos apenas ao fim do certame, durante a própria sessão.

2.3.7 Tipos de Licitação – Critérios de Julgamento

De acordo com lição de Joel de Menezes Neibuhr (2008, p. 310), os tipos de licitação são os critérios legais, conforme art. 45 da Lei nº 8.666/93, utilizados, através de um julgamento objetivo, afim de determinar a proposta mais vantajosa para a Administração pública, consoante o princípio da vantajosidade.

O rol taxativo do § 1º do artigo já citado, traz os únicos tipos de licitação a serem usados neste julgamento, a saber menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta. Tais tipos são aplicáveis a todas as modalidades tratadas na Lei das Licitações, com exceção do concurso, não sendo permitido a criação de novos tipos ou a combinação entre os já existentes.

a) Tipo Menor Preço

O julgamento feito através deste critério leva em consideração apenas o preço apresentando, tendo como critério de classificação das propostas o menor preço apresentado, observando-se se ele está de acordo com preço de mercado – conforme art. 43, IV, Lei nº 8666/93⁴.

O menor preço é o tipo de julgamento mais objetivo dentre os normatizados e, de acordo com ALEXANDRINO (2011, p. 627), “deve ser a regra geral nas licitações para a

4 Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - **verificação da conformidade de cada proposta** com os requisitos do edital e, conforme o caso, **com os preços correntes no mercado** ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; (nosso grifo)

contratação de obras, serviços, compras, locações e fornecimento”, sendo obrigatório na modalidade pregão.

Por fim, salienta-se que o tipo menor preço não despreza, de forma absoluta, a qualidade da proposta, uma vez que a Administração pode – e deve – ao definir o objeto, impor características mínimas de qualidade, vinculadas às suas necessidades, desclassificando as propostas que não a atendam.

b) Tipo Melhor Técnica

O julgamento feito através deste critério leva em consideração – não de forma absoluta como será visto – os fundamentos técnicos das propostas, atentando para os critérios para a classificação, trazidos no art. 46, § 1º, I, da Lei das Licitações, a saber “metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução”.

Nesta esteira, ensina MEIRELLES (2012, p. 306):

Na licitação de melhor técnica o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo. Em face desses objetivos, é lícito a Administração dar prevalência a outros fatores sobre o preço, porque nem sempre pode obter a melhor técnica, dentro das especificações e do preço negociado pela Administração.

O procedimento utilizado por este critério de classificação tem duas fases, onde na primeira ocorre o julgamento técnico e na segunda entra o critério de preço. Da mesma forma, no momento de julgamento das propostas os licitantes apresentam dois envelopes, um para a proposta técnica e outra para a proposta de preço.

Como ensina NIEBUHR (2008, p. 312), na fase de julgamento da proposta técnica, após a habilitação, a comissão de licitação abre este envelope e, após verificar e desclassificar as propostas formalmente inaceitáveis, conforme exigências do instrumento convocatório, passa a avaliar as propostas restantes, de acordo com os critérios já citados, classificando-as, passando para a próxima etapa somente as que obtiverem nota acima da mínima exigida, em consonância com o

edital.

Continuando o julgamento, em sua segunda fase, abre-se os envelopes com o preço e, após destacar o menor preço entre as propostas de melhor técnica, solicita-se ao licitante que obtenha a melhor nota técnica para baixar o seu preço de forma a coincidir com o menor preço já destacado. Aceitando tal alteração este será o vencedor, pelo contrário a comissão de licitação deve continuar este procedimento, solicitando o mesmo para a segunda melhor proposta técnica, até algum licitante aceitar coincidir seu preço com o menor preço entre as propostas técnicas, sendo este o vencedor.

Ademais, sobre a utilização da técnica como critério de julgamento, Marcelo Alexandrino leciona que:

As licitações de tipo melhor técnica, assim como a técnica e preço são utilizadas, obrigatoriamente, para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial, na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (ALEXANDRINO 2011, p. 627)

c) Tipo Técnica e Preço

O julgamento feito através deste critério leva em consideração tanto o critério técnico quanto o critério do preço, considerando estes através de ponderações previamente estipuladas no instrumento convocatório, determinando pesos para cada um destes critérios.

Seu procedimento obedece, no início, sequencia similar ao da licitação de melhor técnica, abrindo-se os envelopes com as propostas técnicas, classificando-as, sem a eliminação em razão de nota de corte, que aqui inexistente. Procede-se então a abertura dos envelopes com propostas de preço, excluindo os valores que extrapolem o preço de mercado, atribuindo-lhes a valoração conforme estabelecido no instrumento convocatório. Por fim procede-se à classificação final, considerando ambas as notas, técnica e preço, de acordo as ponderações e pesos pré definidos:

Nas licitações de técnica e preço, as quais reguladas no par. 2º do art. 46, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios

claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerados para a avaliação da proposta técnica. (MELLO 2006, p. 610)

Resta apontar que, conforme os termos literais do § 4º do art. 45⁵, nos casos de contratação, por parte da administração, de bens e serviços de informática, adotar-se-a obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço, permitindo apenas as exceções apontas em decreto do Poder Executivo ou quando tais contratações utilizarem a modalidade pregão.

d) Tipo Maior Lance ou Oferta

Este tipo de licitação deve ser usado nos casos em que a administração recebe os valores, os quais serão pagos pelo contratado, em contrapartida a alguma prestação dela.

Sua previsão encontra-se normatizada no art. 45, § 1º, IV, em um rol exemplificativo, como explica Joel de Menezes:

O inciso IV do § 1º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93, de modo infeliz, prescreve que o tipo maior lance ou oferta de ser utilizado “nos casos de alienação e bens ou concessão de direito real de uso”. Deve-se interpretar essa duas hipóteses preconizadas pelo legislador como meramente exemplificativas, haja vista que há várias outra hipóteses em que é inaceitável utilizar-se do tipo maior lance ou oferta, como ocorre com permissão de uso de bem público, locação de bens da Administração, licitações para o processamento da folha de pagamento dos servidores, etc. (NIEBUHR 2008, p. 312)

Ainda sobre este tema, conclui-se através do renomado GASPARINI que:

O Estatuto Federal Licitatório ainda prevê a licitação do tipo maior lance ou oferta (art.45, IV). É o tipo de licitação especialmente adequando para venda de bens, outorga onerosa de concessões e permissões de uso e de bens ou serviços públicos e locação em que a Administração pública é a locadora, cuja proposta vencedora é a que faz a maior oferta. É tipo de licitação de que não oferece qualquer dificuldade na sua promoção. Tirante o fato de que o procedimento licitatório deve levar ao maior preço, todo o que mais obedece à licitação de menor preço. (GASPARINI 2009, p. 621)

5 Art. 45. [...]

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e **adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço"**, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. (grifou-se)

2.3.8 O Sistema Registro de Preços

De acordo com o art. 15, II⁶ da Lei de Licitação, as compras da Administração deverão, sempre que possível ser processadas através do sistema de registro de preços.

O sistema registro de preços trata-se de um conjunto de procedimentos para o registro de preços, através de uma ata, objetivando a prestação de serviços e aquisição de bens, para futuras contratações, no qual o vencedor ou vencedores se comprometem a manter as condições de preço e quantidades por um determinado período de tempo.

O denominado “sistema registro de preços” é um meio apto a viabilizar diversas contratações de compras, concomitantes, ou sucessivas, se a realização de um específico procedimento licitatório previamente a cada uma, por um ou mais de um órgão ou entidade da administração pública. (ALEXANDRINO 2011, p. 629)

Suas principais características são as ofertas de preços, por parte do licitante, para cada unidade ou lote pré definido pela Administração, ao invés de ofertar um preço para todo o quantitativo e o não compromisso que a Administração tem para assinar o contrato com o vencedor da licitação.

O sistema registro de preços não se trata de modalidade de licitação. Seu procedimento ocorre através da abertura do processo licitatório, na modalidade concorrência ou pregão. Uma vez homologado, o vencedor assina uma ata de registro de preços, onde assume, de forma unilateral, a obrigação de prestar o objeto licitado de acordo com a necessidade da administração, dentro do prazo de validade da ata, máximo de um ano, e dentro do quantitativo definido no edital de licitação. Com esta ata a Administração contrata se lhe for interessante, quando for interessante, a quantidade que lhe interessar – limitado ao máximo definido no quantitativo.

Por fim, frisa-se que o sistema registro de preços, conforme art. 15, § 3º⁷, é regulado pelo Decreto Federal nº 7.892/13 – o qual revogou o Decreto Federal nº 3.931, vigente desde o ano de 2001 – e na esfera estadual, em Santa Catarina, é regulado pelo capítulo VII do Decreto Estadual

6 Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...]

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

7 Art. 15. [...] § 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições: [...]

nº 2.617/2009.

2.4 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Desde o início do presente estudo procura-se deixar claro o objetivo final do mesmo, qual seja, o de verificar os efeitos jurídicos da não publicação do instrumento de dispensa ou inexigibilidade de um contrato. Neste específico caso observa-se que uma pequena falha procedimental do agente público – a não publicação do extrato da inexigibilidade ou da dispensa no Diário Oficial – pode acarretar efeitos jurídicos nos procedimento administrativo.

Dessa feita, torna-se cristalina a necessidade de examinar os procedimentos licitatórios, qual seja, a de averiguar detalhes como o anteriormente citado, evitando falhas formais que possam macular todo o processo de licitação. Parece corroborar com este entendimento o professor Edimur Ferreira de Faria em sua obra Curso de Direito Administrativo Positivo:

[...] A inobservância ou negligência de formalidades prescritas na lei e regulamento pode conduzir ao fracasso do certame, abortando-o no curso de sua formação. (FARIA 2007, p. 361)

Após justificativa, tem-se a necessidade de estudo do desenvolvimento procedimental de uma licitação, de acordo com as exigências legais e jurisprudenciais. Desde já também destaca-se a importância do procedimento e das formalidades nas contratações diretas, assunto que será mais bem elucidado no quarto capítulo do presente estudo.

Inicialmente faz-se necessário notar que a doutrina faz uma separação lógica, no que tange às fases da licitação, dividindo-as entre fase interna e fase externa. Segundo tal divisão, a licitação inicia-se na mente da Administração, em uma área interessada específica de um determinado órgão, que dará a abertura ao procedimento, com a especificação do objeto a ser licitado, a abertura de um processo, indicação dos recursos financeiros, a construção do instrumento convocatório e a autorização da autoridade competente; através destes atos, entre outros não citados, encerra-se a fase interna da licitação.

Após tais procedimentos, a fase externa inicia-se, com a exteriorização da vontade de licitar tal serviço, obra ou compra, marcada pela publicidade do instrumento convocatório, através

da convocação do interessados – mediante edital ou carta-convite – seguindo com as demais fases como a apresentação das propostas, habilitação, julgamento, homologação, adjudicação entre outras, as quais serão analisadas a seguir.

Finalmente, antes de adentrar nos detalhes procedimentais, observa-se, dentro das normas trazidas pela Lei 8.666, a importante lista de exigências mínimas do processo de licitação destacadas no art. 38:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

- I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
- II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;
- III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
- IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;
- V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
- VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
- VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
- VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
- IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
- X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
- XI - outros comprovantes de publicações;
- XII - demais documentos relativos à licitação.

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

2.4.1 Fase Interna

A fase interna, conforme já dito, inicia-se na mente da Administração, em uma área interessada, específica de um determinado órgão, a qual dará a abertura ao procedimento, devendo confeccionar um termo de referência, contendo a delimitação do objeto a ser licitado, sua motivação

e justificativa, especificações técnicas, prazos de entregas ou execução e prazos de pagamento, orçamentos, definição da modalidade de licitação, entre outras informações que constaram, a partir deste momento, do processo licitatório aberto por esta área, devidamente autuado e numerado e autorizado pela autoridade superior competente. Dependendo das exigências, faz-se necessária a presença de mais de uma área interessada, aumentando o conhecimento técnico.

Após este momento o processo deverá percorrer outras áreas do órgão, de forma a receber as informações financeiras, indicando os recursos que serão usados, frente à despesa auferida nos orçamentos.

Ainda na fase interna e com base nas documentações juntadas, é confeccionado o instrumento convocatório, podendo ser este uma carta-convite ou um edital, que deverá contar com todas as informações necessárias para os licitantes participares do pleito, com observância a todos os princípios administrativos e licitatórios. De acordo com a exigência legal, tal instrumento deverá receber uma análise da área jurídica do órgão, estando, após parecer jurídico positivo, pronto para entrar na fase externa.

A importância desta fase interna da licitação, bem como do eficiência na construção e autuação do processo licitatório desde já é capitado neste trecho descrito pelo professor Edimur Ferreira de Faria em sua obra Curso de Direito Administrativo Positivo, novamente citado em seu inteiro teor:

A fase interna da licitação é fundamental no procedimento. Entretanto, nem sempre se lhe dá o destaque e a importância que merece. A inobservância ou negligência de formalidades prescritas na lei e regulamento pode conduzir ao fracasso do certame, abortando-o no curso de sua formação. (FARIA 2007, p. 361)

Interessante frisar que, a partir das das exigências advindas do Decreto Estadual nº 1.045/2012, o qual, conforme sua ementa “dispõe sobre a aprovação para a aquisição de materiais, contratação de serviços e obras, alteração de contratos e instrumentos congêneres, no âmbito da administração direta e indireta do Poder Executivo, nos casos que menciona, e estabelece outras providências”, a administração pública, no estado de Santa Catarina, se vê obrigada a cumprir tais demandas, antes do início da fase externa, de acordo com o estabelecido.

2.4.2 Convocação

A convocação marca o início da fase externa da licitação, uma vez que, através dela os interessados no certame serão informados deste, através da publicação do resumo do instrumento convocatório, contendo todas as informações relevantes e pertinentes ao pleito, nos termos do inciso II, art. 38 da Lei de Licitações⁸, afim de otimizar o alcance de tal ato convocatório, conforme lição abaixo:

A finalidade do aviso de licitação é tornar pública a pretensão da Administração em formalizar contrato com o particular. É o chamamento a todos os que desejem negociar com a Administração para apresentarem suas propostas. Por isso, esse aviso deve permitir que o maior número possível de pessoas tenham a sua atenção despertada para o negócio. Quanto maior for o número de participantes, maior será o caráter competitivo da disputa, e melhores chances terá a Administração em obter a proposta que lhe permita melhor realização do interesse público. [...] se tiver ocorrido falha na divulgação do edital capaz de comprometer a competitividade e a isonomia entre os possíveis interessados, a licitação deve ser anulada (FURTADO 2007, p. 228-229)

Faz-se necessário aqui a observância, por parte do agente público, dos prazos legais entre o momento da publicação do instrumentos convocatório e a abertura das propostas, de acordo com o que já foi aqui explicitado, no subcapítulo 4.3, sobre as modalidades licitatórias.

Da mesma forma, relembra-se que, nos casos da modalidade concorrência que exigirem audiência pública – art. 39 da Lei nº 8.666/93, as concorrências que excederem o valor de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), obrigam o agente público a realizá-la – esta será realizada com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital e com divulgação prévia mínima de 10 dias.

2.4.3 Apresentação das Propostas

Após a publicação do extrato do contrato inicia-se a contagem do prazo, que ao findar-se dará início à fase da apresentação das propostas, ato público, onde os licitantes

⁸ Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado [...] e ao qual serão juntados oportunamente:

II - **comprovante das publicações do edital resumido**, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite; (grifou-se)

interessados apresentarão à administração suas propostas de preço, as quais serão analisadas pela administração.

Com efeito, faz-se necessário a observância da sigilosidade, com relação às propostas apresentadas, afim de impedir vantagem de um licitante, com informações privilegiadas, sobre os demais.

2.4.4 Habilitação

A fase da habilitação constitui na verificação, por parte da Comissão de Licitação, do conjunto de condições, já previsto no instrumento convocatório, dos participantes no certame, após estes apresentarem as suas propostas afim de verificar se estão aptos a serem contratados pela administração.

A habilitação tem por finalidade garantir que o licitante, na hipótese de ser o vencedor do certame, tenha condições técnicas, financeiras e idoneidade para adequadamente cumprir o contrato objeto da licitação (ALEXANDRINO 2011, p. 601)

As exigências desta fase, conforme o disposto no art. 27 da Lei nº 8.666/93 são: a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal – disposição sobre a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

A habilitação jurídica confirmará a regularidade formal do candidato, sobretudo no que diz respeito à sua personalidade jurídica, conforme os termos do art. 28 da Lei de Licitações, evitando a contratação de pessoa sem capacidade de fato e de direito.

Já a qualificação técnica que, de acordo com CARVALHO FILHO (2011, p. 177), é o meio que verifica a aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do objeto contratual, torna-se capital aos procedimentos licitatórios para a contratação de obras ou serviços que exijam a capacidade técnica genérica, que trata da inscrição no órgão de classe, a específica,

comprovando que o candidato já prestou serviço idêntico ao exigido e a operativa, comprovando que a empresa tem estrutura compatível com o valor e complexidade do objeto contratual.

A qualificação econômico-financeira, conforme prevista no art. 31 da Lei nº 8.666, é, de acordo com MEIRELLES (2012, p. 130) o conjunto de dados que presumem que o licitante possui “capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato”, sendo requisitos exigíveis: o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; a certidão negativa de falências e concordatas e a garantia de, no máximo, 1% do valor estimado para contrato.

A regularidade fiscal e trabalhista comprova que tal licitante está quite com suas obrigações fiscais federais, estaduais e municipais, comprovando sua inscrição nos cadastros fazendários cabíveis e provando a regularidade relativa à seguridade social e ao fundo de garantia.

Com relação aos encargos devidos à previdência social, faz-se necessário que a administração verifique se o contratado está recolhendo regularmente as contribuições previdenciárias, em razão dela ser solidariamente responsável, por eventuais débitos, com o contratado.

No que tange à prova de regularidade com as fazendas Públicas, anotou que já não mais se fala em “quitação” com a Fazenda Pública, mas em “regularidade” com o Fisco, que pode abranger a existência do débito consentido e sob o controle do credor. Donde, será ilegal o edital que exija prova de quitação. Além disto, o licitante pode haver se insurgido contra o débito por mandado de segurança ou outro meio pelo qual o questione ou questione seu montante. Há de se ter por certo que “a exigência de regularidade fiscal não pode sobrepor-se à garantia da universalidade e do monopólio da jurisdição”. Donde, se a parte estiver litigando em juízo sobre o pretendido débito, tal circunstancia não poderá ser um impedimento a que participe de licitações. (MELLO 2006, p. 594)

Finalmente, conforme o último inciso do art. 27 da Lei n. 8.666/93, existe a referência à proibição de trabalho noturno, perigoso e insalubre para menores. Porém, de acordo com o entendimento de Marçal, embora a tentativa do legislador seja louvável, não observa-se a relação entre a fase de habilitação e a proteção aos menores.

Ao fim, para ser considerado habilitado o licitante deverá atender a todas as exigências legais citadas, caso contrário, o licitante não tem mais o direito de participar das fases subsequentes, considerado inabilitado, restando apenas os recursos. Se todos os participantes forem inabilitados, a Administração poderá conceder o prazo de 8 (oito) dias úteis para apresentarem

novamente a documentação, facultando-se a redução do prazo para 3 (três) dias úteis, no caso de Convite (Art. 48, § 3º).

2.4.5 Julgamento ou Classificação

Após a habilitação dos licitantes formalmente aptos, e finalizada fase recursal, dá-se início ao julgamento – também denominado classificação – das propostas recebidas, objetivando a busca da mais vantajosa para a Administração. Celso Antônio Bandeira de Melo reafirma tal objetivo, definindo a classificação como o ato pelo qual as propostas admitidas são ordenadas em função das vantagens que oferecem.

O julgamento das propostas é a fase em que a Administração procede efetivamente à seleção daquela proposta que se afigura mais vantajosa para o futuro contrato. É a fase mais relevante, porque define o destino dos participantes, indicando qual deles conquistará a vitória na competição. (CARVALHO FILHO 2011, p. 180)

Alguns juristas, como ALEXANDRINO (2011, p. 606), dividem esta fase em duas etapas, sendo que, na primeira delas, verifica-se sua conformidade com requisitos exigidos no edital, tais quais especificações técnicas, preços de acordo com o mercado, eliminando as incompatíveis. O art. 43, III⁹, da Lei de Licitação, normatiza a primeira etapa desta fase de julgamento das propostas

Na segunda etapa ocorre o julgamento propriamente dito, quando as propostas não eliminadas, observadas as demais regras, estabelecidas no art. 43, são postas em ordem de classificação, de acordo com os critérios de avaliação contidos no edital ou instrumento convocatório. O inciso V do art. 43¹⁰ é que marca o início desta etapa.

Marçal (2012, p. 691) reafirma como que a Comissão de Licitação deverá classificar

9 Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...]

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

10 Art. 43. [...] V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

as propostas, a saber “Objetivamente, promoverá a classificação das propostas em ordem decrescente de vantajosidade”.

Desse feita, o julgamento observará o tipo de licitação escolhido – menor preço, preço e técnica – e seguirá critérios estritamente objetivos, verificando as diretrizes do instrumento convocatório, que também deverá ter essa qualidade, de acordo com o que normatiza o art. 44 da Lei nº 8.666/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os **critérios objetivos definidos no edital ou convite**, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Por fim, conforme ensinam os §§ 1º, 2º, 3º e 4º deste art. 44, veda-se, nesta etapa, a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado, assim como não será considerada qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite. Da mesma forma não admite-se propostas com preços irrisórios, incompatíveis com o mercado.

a) A inversão das fases na modalidade Pregão

Faz-se mister aqui registrar sobre a inversão das fases de habilitação com a do julgamento, que ocorre na modalidade Pregão, presencial ou eletrônico.

De acordo com a Lei do Pregão nº 10.520/2002, esta modalidade possui variadas semelhanças com as modalidades normais de licitação, tendo seu diferencial nos seus prazos mais curtos, na possibilidade de lances que podem diminuir o preço da proposta inicial e na inversão das fases procedimentais, de forma que a habilitação ocorra somente após o julgamento das propostas, e apenas para a melhor classificada, deixando o processo ainda mais célere.

2.4.6 Homologação e Adjudicação

Feito o julgamento das propostas, a Comissão de Licitação escolhe, dentro das classificadas e através dos critérios objetivos constantes no instrumento convocatório, a mais vantajosa para a Administração. Por sua vez, de acordo com o art. 43 VI¹¹, esta escolha será

11 Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...]

enviada, junto com o todo o processo licitatório, para a autoridade competente que irá homologá-la e adjudicá-la.

Observa-se que o trabalho da comissão de licitação termina com a divulgação do resultado do julgamento; depois disso, o processo passa à autoridade competente para as providências citadas. (ALEXANDRINO, 2011, p. 608)

Na fase da homologação, a autoridade competente irá verificar a validade e a conveniência do procedimento licitatório, em conformidade com o interesse público.

A homologação do resultado da licitação consiste num ato administrativo que formalmente reconhece a legalidade e a conveniência do certame, reconhecendo terem sido atingidos os seus fins. JUSTEN FILHO (2012, p. 696)

A verificação da validade, de acordo com Marçal (2012, p. 695) dá-se ao examinar se as regras constitucionais, infra-constitucionais e editais foram observadas durante todo o processo. Encontrado algum defeito e este sendo insanável a solução é a invalidação do certame. Sendo um defeito sanável ou a autoridade, quando competente, convalida ou renova tal defeito ou sendo incompetente, envia para quem é competente para o fazê-lo.

Não existindo defeitos na validade observa-se a conveniência, tratando-se novamente de uma verificação objetiva de critérios como os preços de mercado entre outros. Marçal (2012, p. 695) afirma que “Constatando a inconveniência do resultado obtido, a autoridade competente deve promover a revogação do certame”.

No momento em que a proposta é considerada válida e conveniente, atendendo a todas as exigências normativas, a autoridade competente deve proceder com a homologação e adjudicação desta.

A adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação. Não se deve confundir a adjudicação com a celebração do contrato. A adjudicação apenas garante ao vencedor que, quando a administração for celebrar o contrato relativo ao objeto da licitação, o fará com o vencedor. (ALEXANDRINO 2011, p. 608)

Dessa feita, observa-se o princípio da adjudicação compulsória ao vencedor, o qual “impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que

não o legítimo vencedor” conforme anteriormente verificado no segundo capítulo do presente estudo, em consonância com o art. 50 da Lei nº 8.666/93.

Considerada por CARVALHO FILHO (2011, p. 183) como “consequência jurídica da homologação”, na adjudicação a autoridade competente declara e atribui ao vencedor o objeto da futura contratação, conforme definido no instrumento convocatório da licitação.

Alerta-se que a jurisprudência divide-se com relação a homologação e a adjudicação em dois importantes aspectos, a saber: a ordem procedimental destas duas fases e o direito do vencedor ao contrato após a adjudicação do pleito.

2.4.7 Anulação e Revogação

De acordo com a previsão do art. 49 da Lei de Licitação¹², a autoridade competente poderá, sempre observando o interesse público, anular ou revogar a licitação, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

De acordo com MEIRELLES (2012 p. 302) a anulação “é a invalidação da licitação ou do julgamento por motivo de ilegalidade, pode ser feita a qualquer fase e tempo antes da assinatura do contrato, desde que a Administração ou o Judiciário verifique e aponte a infringência à lei ou ao edital”.

A anulação da licitação é decretada quando existe no procedimento vício de legalidade. Há vício quando inobservado algum dos princípios ou alguma das normas pertinentes à licitação; ou quando se escolhe proposta desclassificável; ou não se concede direito de defesa aos participantes etc. Enfim, tudo quanto se configurar como vício de legalidade provoca a anulação do procedimento. (CARVALHO FILHO, 2011, p.184)

Ressalta-se que a anulação da licitação acarreta a nulidade do contrato, conforme o

12 Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§2º do art. 49 e produz efeitos *ex tunc*, comprometendo todos os atos anteriores ao viciado, isso quando não compromete todo o procedimento.

Já a revogação, no entendimento de Diógenes Gasparini (2009, p. 618) “é o desfazimento da licitação acabada por motivos de conveniência e oportunidade (interesse público) superveniente – art. 49 da lei nº 8.666/93”, ou ainda:

Revogação é o desfazimento dos efeitos da licitação já concluída, em virtude de critérios de ordem administrativa, ou por razões de interesse público, como diz a lei. Tais critérios são avaliados exclusivamente pelo administrador, à luz das circunstâncias especiais que conduzirem à desistência na contratação. Há, portanto, sob esse ângulo, certa discricionariedade na atuação administrativa. Não obstante, é bom que se destaque, sempre será possível que o Judiciário examine o ato sob os aspectos de legalidade. O que não pode o juiz é substituir o critério do administrador pelo seu próprio, porque a Constituição veda a invasão de funções estatais. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 185)

Por fim, destaca-se que o desfazimento da licitação, seja pela anulação ou pela revogação, obriga a Administração a assegurar aos interessados o contraditório e a ampla defesa, consoante art. 49, § 3º.

3 AS EXCEÇÕES À REGRA DE LICITAÇÃO

A regra, para a Administração contratar prestações de serviços, obras, realizar compras e alienações é através de licitação. Isso, até aqui fica claro, de acordo com o que foi trazido, tanto no campo jurisprudencial, como no campo legal – a Constituição Federal mesmo não deixa dúvidas: “ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]**” (CF/88, art. 37, XXI) (grifou-se), conforme explicado por Diogenes Gasparini:

[...] a Constituição Federal, com redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº. 19/1998, ao anunciar no art. 37, XXI, a obrigatoriedade da licitação para Administração Pública, direta e indireta, não retirou ninguém dessa **compulsoriedade** [...] (GASPARINI, 2009, p. 509) (grifou-se)

Dessa feita, até o presente momento estudou-se, ainda que de forma breve, a

licitação, através de suas fases, modalidades e tipos. Antes ainda, fez-se um apanhado geral através de seus princípios, definições, finalidades e objetivos provendo, dessa feita, uma sólida base teórica e prática sobre a licitação.

Porém, a prática na administração pública demonstra uma realidade um pouco diferente, demonstrando que a quantidade de gastos com serviços, obras, compras e alienações, sem a utilização do procedimento licitatório, remonta a altos valores e proporções.

Antes da Lei de Licitações, de acordo com dados retirados da obra de Jacoby Fernandes (2011, p.195), em 1990, ainda durante a vigência do Decreto nº 2.300/86, os valores gastos na gestão do tesouro, sem a utilização do procedimento licitatório somava a proporção de 93,3% contra apenas 6,7% gastos com licitação. Mesmo com o advento do Lei nº 8.666/93, conforme dados informados pelo Governo Federal¹³, o valor de gastos sem licitação ainda somavam a proporção de 55%, no ano base de 1999.

Somente com o advento do pregão, nova modalidade – editada pela Lei nº 10.520/2002 – a qual deixa mais célere o procedimento licitatório, essa proporção foi um pouco reduzida, porém, de acordo com o Ministério do Planejamento¹⁴ o valor gasto pelo Governo Federal, sem a utilização de licitação, no ano de 2011, atingiu a marca de 47,8% – quase catorze bilhões de reais.

Dessarte, embora a regra seja a licitação – neste ponto a jurisprudência é, salvo exceção, unânime – incontestemente afirmar que a prática administrativa produz uma abundante quantidade de contratações e compras diretas sem recorrer à licitação. Soma-se a isto, o fato do objetivo principal do presente estudo tratar-se de uma contratação direta, e tem-se a motivação para o estudo das exceções à regra de licitação, durante o todo o presente capítulo.

3.1 VISÃO GERAL SOBRE A CONTRATAÇÃO DIRETA

Observa-se que, na normatização constitucional, art. 37, Inciso XXI, a qual prevê a

13 MENDES, Renato Geraldo. A licitação é regra ou exceção: repensando a contratação direta. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 de junho de 2013.

14 Fonte do Ministério do Planejamento, veiculado em notícia do jornal O Estado de São Paulo, disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,compras-sem-licitacao-crescem-sob-dilma-e-atingem-quase-r-14-bilhoes,823877,0.htm>, acessado em 07 de junho de 2013.

licitação, o constituinte, além de deixar claro a regra, já recepcionou a possibilidade da exceção, complementando o texto com o trecho “ressalvados os casos especificados na legislação”. Ato contínuo, observa-se novamente, agora na Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º¹⁵, o legislador fixando a regra e prevendo a sua exceção, a qual é discriminada nesta própria Lei.

Dessa forma, a contratação direta de uma obra, serviço, uma alienação ou uma compra, sem a utilização do instituto da licitação, ocorre, na administração pública de forma excepcional, seguindo os ditames da Lei nº 8.666/93. Existem apenas três hipóteses de contratação direta, contempladas nesta lei, a saber, a licitação dispensada, prevista em alguns casos do art. 17, voltada somente para as alienações; a licitação dispensável, prevista no rol taxativo do art. 24; e a inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25.

Há inexigibilidade quando a licitação é juridicamente impossível. A impossibilidade jurídica de licitar decorre da impossibilidade de competição em razão da inexistência de potenciais proponentes.

Há dispensa de licitação quando esta é possível ou seja há possibilidade de competição, mas a lei dispensa ou permite que seja dispensada a licitação. (ALEXANDRINO, 2011, p. 634)

A hipótese abarcada pela inexigibilidade de licitação basicamente não levanta muitas dúvidas, esta ocorre em razão da inexistência de competitividade. Em suma, em um caso de inexigibilidade, quando aberto o processo licitatório, só existiria uma empresa ou pessoa jurídica capaz de realizar o objeto deste, impossibilitando o caráter competitivo.

Já a dispensa de licitação ocorre nos casos em que há competitividade. Esta é dividida em duas formas nominadas de licitação dispensada, quando a própria lei já a dispensa e licitação dispensável. Entre estas duas, nota-se grande similaridade em seus nomes, fazendo-se necessário demonstrar as suas grandes e marcantes diferenças.

Enquanto na licitação dispensada, como seu próprio nome diz, não existe a discricionariedade para a administração pública realizá-la ou não, ou seja, o processo licitatório é de antemão dispensado, a licitação dispensável pode ser realizada, sendo esta uma decisão do administrador. Ou seja, apesar de se tratar de situações na qual existe a viabilidade jurídica de competição, a lei determina a celebração direta do contrato para a dispensada e apenas autoriza a

15 Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, **ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.** (grifou-se)

não realização do procedimento licitatório na dispensável.

Outra distinção, mais básica ainda, entre estas duas hipóteses, centra-se no sujeito ativo, ou seja, nas licitações dispensadas a administração pública está alienando seus bens ou prestando serviços, e, nas dispensas de licitação a situação se inverte, sendo agora a administração pública como compradora ou tomadora de serviços, conforme é destacado abaixo:

A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a administração, no interesse de ceder parte de seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços e, nos casos do art. 24, a situação é oposta, estando a administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora de serviços. (FERNANDES 2011, p. 202)

Último aspecto diferenciador, Jacoby Fernandes (2011, p. 202) também afirma que as licitações dispensadas não necessitam observar as formalidades do art. 26 da Lei de Licitações – que será aqui estudado no próximo capítulo – com exceção das reguladas pelos §§ 2º e 4º do art. 17. Nos casos de dispensa de licitação a regra é a observação de tais formalidades, com exceção aos casos tratados pelos incisos I, e II do art. 24 da mesma lei.

Entretanto, faz-se necessário citar a existência de corrente jurisprudencial que entende ser errônea tal distinção entre licitação dispensada e dispensável, tratando ambas somente por dispensa de licitação. Tal corrente é defendida pelo jurista Marçal Justen Filho, conforme segue:

[...] não se afigura procedente a distinção, a nosso ver. Em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do art. 24. Aliás e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipóteses de vedação de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar a licitação nas hipóteses do art. 17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto.” (JUSTEN 2012, p. 235)

3.3.1 – A Ausência dos Pressupostos Licitatórios

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 533), existem três pressupostos básicos, os quais devem existir para que a licitação cumpra às suas finalidades e faça

sentido. São eles os pressupostos lógico, jurídico e fático:

a) Pressuposto lógico

Tal pressuposto afirma que sem a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes não existe a lógica para a licitação. Com efeito, não faz sentido a abertura do pleito licitatório objetivando a contratação de um serviço prestado apenas por uma empresa ou a compra de um imóvel pré determinado, para a instalação de um órgão público.

b) Pressuposto jurídico

O pressuposto jurídico leva em consideração o interesse público, como principal resultado a ser obtido pela licitação. Entretanto existem casos em que o procedimento licitatório toma rumo em sentido contrário ao interesse público, ou seja, se realizada, a licitação perderá o seu pressuposto jurídico, não mais atingindo o interesse coletivo, em função de alguma situação excepcional.

c) Pressuposto fático

O pressuposto fático enseja a existência de interessados na disputa pelo contrato licitatório. Neste caso, torna-se inviável a abertura de um certamente sem interessados a disputá-lo, ou mesmo com apenas um interessado, resultando na falta de competitividade.

A ausência deste pressuposto, assim como dos outros anteriormente citados, impossibilitam a realização da licitação e representam os casos de licitação dispensada, licitação dispensável e inexigibilidade de licitação, os quais serão estudados em detalhes.

3.2 A LICITAÇÃO DISPENSADA

Os casos de licitação dispensada estão abordados no art. 17 da Lei de Licitações, que trata das normas jurídicas a respeito do gerenciamento dos bens públicos. No seu *caput* e em seus dois incisos¹⁶ a lei ensina que, para a Administração alienar seus bens, deverá observar, em regra, a três condicionantes, quais sejam: o procedimento licitatório, a existência do interesse público e uma prévia avaliação.

O procedimento licitatório já foi estudado de forma geral no capítulo anterior, sendo que, de forma específica, voltado para as contratações diretas, serão revistos no próximo capítulo.

Já o interesse público, como ensina MEIRELLES (2012, p.87), é finalidade precípua da Administração, entendidas como “aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros”. Dessa feita, não se estranha tal exigência pois, além de configurar desvio de finalidade, não se concebe a Administração alienar seus bens sem que isso seja vantajoso para ela.

A avaliação prévia deverá, de acordo com Jacoby (2011, p. 228), ser prestada por perito, em sua especialidade, mediante certidão do órgão profissional sendo que o “essencial, em qualquer avaliação, é que o valor fixado pelo perito corresponda à realidade e à finalidade da perícia, apoiando-se em dados objetivos, comprovados e ponderados tecnicamente no laudo.

O art. 17, conforme já citado, deixa novamente claro que a regra nas alienações também é a da observação à licitação. Para alienações de bens imóveis, consoante ao seu inciso I, a modalidade adotada será a da concorrência, admitindo-se em alguns casos o leilão. Para a alienação de bens móveis, o inciso II ensina que a modalidade a ser utilizada é o leilão, admitindo-se o convite e a tomada de preços.

Entretanto, estes mesmos incisos I e II do art. 17 enumeram variadas hipóteses onde está dispensada a realização de licitação. São, como regra, dispensadas do procedimento licitatório, a alienação, ou seja, a cessão ou transferência, de bens, móveis e imóveis, da Administração

16 Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à **existência de interesse público** devidamente justificado, será **precedida de avaliação** e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, **dependerá de avaliação prévia e de licitação** na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: [...]

II - quando móveis, **dependerá de avaliação prévia e de licitação**, dispensada esta nos seguintes casos: [...] (grifou-se)

Pública, quando dentro dos casos citados pelas alíneas “a” a “i” do inciso I e “a” a “f” do inciso II, ambos do art. 17 da Lei nº 8.666/93, conforme especificações a seguir mencionadas.

3.2.1 Licitações Dispensadas para Bens Imóveis

Para alienar seus bens imóveis, a Administração dependerá da autorização legislativa – apenas no caso de órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais – da prévia avaliação de perito, da existência de interesse público e será dispensada do procedimento licitatório, nos seguintes casos:

a) Dação em pagamento – Alínea “a”

De acordo com o art. 356 Código Civil de 2002, a dação em pagamento ocorre quando o credor consente em receber coisa diversa do que lhe é devida. Dessa forma, como ensina NIEBUHR (2008, p. 66), “a Administração Pública pode liberar-se de dívida pecuniária, efetuando o adimplemento mediante a transferência ao credor de bem imóvel, sem que seja necessário recorrer à licitação pública.”.

b) Doação – Alínea “b”

A doação, de acordo com o Código Civil de 2002, em seu art. 538, é o contrato que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

No presente caso, a doação de imóveis poderá ser feita pela Administração, dispensada a licitação, somente para outro órgão ou entidade da Administração, de qualquer esfera de governo – ressalvando os casos das alíneas “f”, “h” e “i”. Os imóveis doados com encargos, com base nesta alínea, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário, de acordo com o § 1º do art. 17.

c) Permuta por outro imóvel – Alínea “c”

A permuta, outro instituto do Direito Civil, é a troca de bens entre os contratantes, como ensina o art. 533 do Código Civil de 2002.

Neste caso, a Lei de Licitações torna dispensada a licitação para a permuta de imóveis, quando o negócio atender as finalidades precípua da Administração e cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.

d) Investidura – Alínea “d”

Entende-se por investidura, de acordo com o § 3º, art. 17 da Lei nº 8.666/93:

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) – R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) – do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei;

II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

e) Venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública – Alínea “e”

Conforme esta alínea, é dispensada a licitação para a venda de imóvel a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo, respeitando o interesse público a avaliação do perito, que definirá o valor do imóvel, e lei autorizadora, no caso de o órgão vendedor for pessoa jurídica de direito público.

f) Programa habitacional e de regularização fundiária – Alínea “f”

Autoriza-se, dispensada a licitação, a alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

De acordo com Jacoby (2009, p. 269), o interesse social, o interesse público, voltado à melhoria da qualidade de vida da população sustentam a juridicidade dessa norma, de acordo ainda com o art. 23, IX da Constituição Federal.

São requisitos para a contratação direta, dispensada a licitação, a avaliação do perito, lei autorizadora, no caso de alienação por órgão da administração direta, autarquia ou fundação pública, que a operação a ser contratada seja alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão e que o uso seja voltado a programas habitacionais de interesse social ou de regularização fundiária.

g) Ocupantes de terras devolutas – Alínea “g”

Esta alínea torna dispensada a licitação para a alienação de bens imóveis, visando procedimentos de legitimação de posse, de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição.

h) Imóveis de uso comercial para regularização fundiária – Alínea “h”

De maneira análoga, autoriza-se, dispensada a licitação, a alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

Entende-se que, de acordo com o ilustre jurista Jorge Ulisses Jacoby (2009, p. 276), que o texto desta alínea “h” “revela a intenção do legislador em favorecer o combate a pobreza promovendo o desenvolvimento local com novos investimentos que garantam a efetividade dos programas”.

São requisitos para esta contratação direta, dispensada a licitação, a avaliação do perito, lei autorizadora, no caso de alienação por órgão da administração direta, autarquia ou fundação pública, que a operação a ser contratada seja alienação, gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão e que o uso seja voltado a programas de regularização fundiária de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

i) Terras públicas rurais da União na Amazônia Legal – Alínea i”

Por fim, esta alínea autoriza, sem a necessidade de licitação, a alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais.

j) Concessão de direito real de uso de imóveis – § 2º, art. 17

Esta normatização autoriza, dispensada a licitação, a Administração a conceder o direito real de uso ou o título de propriedade para outro órgão público ou para área rural, situada na Amazônia Legal, conforme o § 2º e seguintes dos art. 17:

§ 2º A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se:

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;

II - a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500ha (mil

e quinhentos hectares);

§ 2º - A. As hipóteses do inciso II do § 2o ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos

I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1o de dezembro de 2004;

II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas;

III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e

IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social.

§ 2º - B. A hipótese do inciso II do § 2o deste artigo:

I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias;

II – fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite;

III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo.

k) Venda direta de imóveis residenciais - Amazônia Legal (Lei 11.952/09)

De acordo com o autor ALEXANDRINO (2011, p. 647), faz-se necessário ainda registrar a Lei nº 11.952/09, que em seu art. 38 autoriza a União e as entidades da Administração Indireta Federal a efetuarem a venda direta – sem licitação – de imóveis residenciais, nas condições específicas:

Art. 38. A União e suas entidades da administração indireta ficam autorizadas a proceder a venda direta de imóveis residenciais de sua propriedade situados na Amazônia Legal aos respectivos ocupantes que possam comprovar o período de ocupação efetiva e regular por período igual ou superior a 5 (cinco) anos, excluídos:

I - os imóveis residenciais administrados pelas Forças Armadas, destinados à ocupação por militares;

II - os imóveis considerados indispensáveis ao serviço público.

3.2.2 Licitações Dispensadas para Bens Móveis

De forma análoga, para alienar seus bens móveis, a Administração dependerá apenas da prévia avaliação de perito e da existência de interesse público, sendo dispensada do procedimento licitatório nos seguintes casos:

a) Doação para fins e uso de interesse social – Alínea “a”

Esta normatização prevê a doação, dispensada a licitação, de bens móveis, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação.

Sendo assim, o legislador colocou o ato de doar restringido à finalidade e à utilização do bem móvel doado, dessa forma este bem deve atender à finalidade social e ser utilizado também na mesma circunstância.

b) Permuta entre órgãos ou entidades da Administração Pública – Alínea “b”

Esta cláusula permite a permuta de bens móveis, dispensada a licitação quando for exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública

c) Venda de ações em bolsa – Alínea “c”

De acordo, com a alínea “c” deste art. 17, II, fica autorizada, dispensada a licitação, a venda de ações, que poderão ser vendidas em Bolsa de Valores, observada a legislação específica que a disciplina, a saber, Lei nº 6.385/76, não podendo valer-se, como bem ensina Jacoby (2009, p. 283), de vantagens por ser da Administração afim de obter negociação diferenciada no mercado.

d) Venda de títulos

Neste caso, preferiu o legislador separar o termo genérico “títulos”, das “ações”, que poderiam ser colocadas como espécie do primeiro. Porém de maneira análoga, agora de acordo com a alínea “d” deste art. 17, II, fica autorizada, dispensada a licitação, a venda de títulos, observada a legislação pertinente;

A grande diferença com relação à alínea anterior está no fato de que as ações deverão ser comercializadas na Bolsa de Valores, de acordo com as suas regras, já os títulos da Administração engloba grande quantidade de opções, devendo ser observadas as regulamentações de Direito Financeiro.

e) Venda por órgãos ou entidades da Administração Pública – Alínea “e”

Por sua vez, a alínea “e” torna dispensada a licitação para venda de bens móveis, produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades.

Atenta-se ao fato de que a Administração está autorizada tanto a vender os bens produzidos como os bens por ela comercializados, abarcando as duas circunstâncias. Da mesma forma, faz-se necessário observar a lei que cria ou autoriza tal órgão, verificando se está de acordo com a sua finalidade.

Por fim também destaca-se que a venda não é atividade típica da Administração mas ela a faz, porém buscando sempre o interesse público:

[...] exercendo atividade mediante prestações remuneradas, o objetivo da Administração é diverso ao do comerciante ou industrial privado, pois seu escopo final, como o de toda a Administração, é a satisfação de um interesse público maior. (FERNANDES, 2009, p. 291)

f) venda para outros órgãos ou entidades da Administração Pública – Alínea “f”

Por fim, fica dispensada a licitação para a venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles

dispõe.

A intenção é facilitar a transferência de bens móveis de uma entidade para outra, sobretudo aqueles que já não são mais utilizados. Ora, o bem móvel não utilizado por uma entidade pode ser extremamente útil para outra. (NIEBUHR 2008, p. 73)

3.3 A LICITAÇÃO DISPENSÁVEL

Contido no Capítulo II “Da Licitação”, da Lei nº 8.666/93, o art. 24 lista, em uma série de trinta e três incisos taxativos, os casos de licitação dispensável. De acordo com Odete Medauar (2004, p. 244), “A dispensa abrange os casos em que a situação enseja competitividade, sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta sua não realização. Por isso o rol do art. 24 é considerado taxativo”.

A jurisprudência utiliza diferenciados critérios para aglutinar as variadas espécies de licitações dispensáveis. No presente estudo, utilizando-se os critérios do valor a ser contratado, da situação no momento da contratação e das peculiaridades do objeto a se obter e da pessoa a ser contratada, dividir-se-a as possibilidades de licitação dispensável, optou-se seguir a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro, em sua obra de Direito Administrativo (2012, p. 391).

3.3.1 Licitações Dispensáveis – Pequeno Valor

Baseado no princípio da economicidade, o legislador colocou, nos inciso I e II deste art. 24¹⁷, as primeiras hipóteses de dispensa de licitação. Ocorre que, para impedir a onerosidade decorrente dos custos ao realizar todo procedimento licitatório preferiu-se dispensá-lo quando o valor a ser contratado for pequeno.

17 Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para **obras e serviços de engenharia** de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (grifou-se)

II - para **outros serviços e compras** de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (grifou-se)

Aqui observa-se a questão do desequilíbrio na relação custo/benefício, nos casos em que se verifica que o custo econômico da licitação será superior ao benefício a ser extraído, conforme ensina Marçal Justen:

A pequena relevância econômica da contratação não justifica gastos com uma licitação comum. [...] A lei determinou que as formalidades prévias deverão ser proporcionais às peculiaridades do interesse e da necessidade pública, Por isso, tanto mais simples serão as formalidades e mais rápido o procedimento licitatório quanto menos for o valor a ser despendido pela Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2012, p. 335)

Dessa forma, o inciso I deste art. afirma ser dispensável a licitação para obras e serviços de engenharia, no valor de até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) – ou seja, 10% do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo 23. Analogamente, o inciso II deste art. afirma ser dispensável a licitação para outros serviços e compras, no valor de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) – ou seja, 10% do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo 23. Observa-se o incremento para 20%, dos percentuais referidos nestes incisos, tratando-se das exceções trazidas pelo § 1º deste art. 24¹⁸.

Ademais, faz-se necessário a atenção para a vedação com relação ao fracionamento destas dispensas, contida em ambos os incisos acima citados. Ou seja, a norma proíbe que a Administração fragmente o objeto do contrato, de forma que o valor dos contratos fragmentados fiquem de acordo com os parâmetros dos valores limites para a contratação dispensável, porém quando somados, o valor gasto ultrapassaria tais quantias.

Entretanto, não se confundem o fracionamento do objeto com o seu parcelamento, ou seja a sua divisão em partes menores e independentes, de acordo com a previsão, na Lei de Licitações, nos art. 15, IV e art. 23, § 1º. Impõe-se tal instituto, quando existir parcela de natureza específica que possa ser executada por variadas empresas com especialidades próprias ou diversas e for viável técnica e economicamente, apresentado-se de forma vantajosa para a Administração, ampliando a competitividade:

O fracionamento visa ampliar a competitividade, sob o pressuposto de que o menor porte das aquisições ampliaria o universo da disputa. [...] Pequenas e Médias empresas poderiam preencher os requisitos de disputa para fornecimentos de menores dimensões. (JUSTEN

18 Art. 24. [...] § 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

FILHO 2012, p. 217)

3.3.2 Licitações Dispensáveis – Situações Excepcionais

O legislador também entendeu ser necessário regulamentar hipóteses para dispensar a licitação em determinadas situações excepcionais, conforme é explicado por di Pietro.

[...] a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, ao invés de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato. (di PIETRO, 2012, p. 392)

São situações de emergência, onde a urgência clama pela celeridade ou situações onde não há interessados no objeto licitado, entre outros casos abarcados pelos incisos, III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV, XVIII, XXVII, XXVIII. Entre estas hipóteses, destacam-se:

a) Contratação em situação emergencial ou de calamidade pública – Inciso IV

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

O dispositivo acima citado autoriza a contratação direta, via dispensa de licitação nas situações de emergência ou calamidade pública.

Conforme NIEBUHR (2008, p.76), a emergência, neste caso, configura-se como uma necessidade de contratação que não pode aguardar os tramites normais do procedimento licitatório, sob pena de perecimento do interesse público, ligado sempre a alguma demanda social ou pela continuidade de atividade administrativa. Importante frisar que, inicialmente, a urgência não deve ser provocada pela falta de planejamento da Administração, apesar de que casos de interesse público podem ainda forçar a contratação direta.

b) Licitação deserta – Inciso V

A chamada licitação deserta está prevista no inciso V, deste art. 24:

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

Neste específico caso pressupõe-se a ocorrência de licitação anterior que não tenha sido bem sucedida, por não acudirem interessados nela. Dessa forma a autoridade administrativa está autorizada a realizar a contratação direta, via dispensa de licitação, mantendo todas as condições constante do instrumento convocatório da licitação deserta e justificando que um novo procedimento licitatório seria prejudicial para a Administração. Este é o entendimento de di Pietro (2002, p. 393), que não confunde a licitação deserta com a licitação fracassada, que seria a licitação onde apesar de aparecem interessados, estes são inabilitados ou desclassificados.

Existem porém, posicionamentos jurisprudências que entendem que a dispensa de licitação, prevista neste inciso V, inclui tanto os casos de licitação deserta, quanto os de licitação fracassada, conforme ensina Hely Lopes Meirelles.

c) Propostas com valores superiores ao mercado ou incompatíveis – Inciso VII

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

Esta hipótese, de acordo com JUSTEN (2012, p.353), autoriza a contratação direta quando uma licitação anterior conduza a resultados com preços superiores ao preço de mercado – licitação desvantajosa, devendo ser revogada – ou com preços incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais, após a observância do art. 48, §3º¹⁹.

19 Art. 48 [...] § 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de

Enfim, também **são dispensáveis as licitações**, nas seguintes hipóteses de **situações excepcionais**, conforme o art. 24, da lei nº 8.666/93:

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei;

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

3.3.3 Licitações Dispensáveis – Peculiaridades da Pessoa Contratada

De forma análoga, existem hipóteses onde pode ocorrer a contratação direta, via dispensa de licitação, de acordo com a peculiaridade da pessoa a ser contratada. São situações onde o contratado goza de vantagens por também integrar a Administração Pública, praticar atividades com fins sociais, entre outros.

Tais situações estão presentes nos seguintes incisos do art. 24, a saber, VIII, XIII, XVI, XX, XXII, XXIII, XXIV E XXVI. Entre estas hipóteses, destacam-se:

outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

a) Aquisição de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade da Administração – Inciso VIII

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

Conforme di Pietro (2012, p. 397-398), esta norma torna dispensável a licitação, para órgãos ou entidades da Administração Pública, quando da aquisição de bens produzidos ou serviços prestados com órgãos ou entidades que também fazem parte da Administração Pública, no mesmo nível de governo, e que tenham sido criados com o fim específico de fornecer tais bens e serviços, em data anterior à vigência desta lei – observando o § 2º, art. 24 da Lei nº 8.666/93²⁰ – desde que seus bens e serviços estejam dentro do preço de mercado.

Para CARVALHO FILHO (2011, p. 162), tal exceção “não alcança pessoas da administração indireta dedicada à exploração de atividades econômicas”, por se tratarem de entidades com caráter empresarial, conforme art. 173, § 1º da Carta Magna.

b) Impressão dos Diários Oficiais, de formulários padronizados e prestação de serviços de informática por órgão ou entidade da Administração – Inciso XVI

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

O Inciso XVI libera a contratação direta, conforme discricionariedade do ente público, para a impressão dos Diários Oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, assim como para a prestação de serviços de

²⁰ Art. 24. [...] § 2º. O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS.

informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública.

Conforme, CARVALHO FILHO (2011, p. 163) está hipótese está abarcada pela hipótese anteriormente aqui citada, porém sem a necessidade do órgão prestador do serviço ter sido criado antes da Lei nº 8.666/93. São requisitos a serem observados:

(a) que o contratado seja órgão ou entidade da Administração Pública, o que abrange todas as entidades referidas no artigo 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666; (b) que esse órgão ou entidade tenha sido criado com o fim específico de fornecer os bens ou serviços objeto do contrato; (c) que o contratante e contratado sejam do mesmo nível de governo, já que ninguém vai criar um ente para prestar serviços ou fornecer bens para pessoas jurídicas de outra esfera de governo; (d) que o preço contratado seja compatível com o mercado. (DI PIETRO, 2012, p. 397-398) (grifou-se)

Outrossim, também **são dispensáveis as licitações**, nas seguintes hipóteses de **peculiaridades da pessoa contratada**, conforme o art. 24, da lei nº 8.666/93:

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

3.3.4 Licitações Dispensáveis – Peculiaridades do Objeto que se Busca Obter

Enfim o legislador atentou às hipóteses onde pode ocorrer a contratação direta, via dispensa de licitação, de acordo com a peculiaridade do objeto a que se busca obter. De maneira geral, são situações em que o objeto definido possui características especiais para atenderem a Administração Pública.

Tais situações estão presentes nos seguintes incisos do art. 24, a saber, X, XII, XV, XVII, XIX, XXI, XXV, XXIX, XXX, XXXI. Entre estas hipóteses, destacam-se:

a) Compra ou locação de imóvel

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

O legislador, através do disposto acima, torna dispensável a licitação para a aquisição ou locação, por parte da Administração, de imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípua, autorizando-a a contratar diretamente com o vendedor ou locador.

Entretanto a Administração deverá garantir que tal contratação é indispensável, em razão de suas necessidades de instalação e da localização do imóvel e garantir a avaliação prévia do mesmo, verificando se o preço está compatível com as condições normais de mercado.

b) Manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica – Inciso XVII

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

Através desta hipótese, fica dispensável a licitação para adquirir, junto ao fornecedor original, componentes ou peças, nacionais ou estrangeiros, para a manutenção de equipamentos durante o seu período de garantia técnica.

Atenta-se ao fato de que neste caso, o foco está na aquisição de peças para o equipamento, e não no equipamento em si, o qual pode ter sido adquirido também por contratação direta, amparado legalmente ou por via de procedimento licitatório.

Da mesma maneira, também **são dispensáveis as licitações**, nas seguintes hipóteses de **peculiaridades do objeto que se busca obter**, conforme o art. 24, da lei nº 8.666/93:

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força.

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3o, 4o, 5o e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica.

3.4 A LICITAÇÃO INEXIGÍVEL

A inexigibilidade de licitação, conforme já ventilado, compreende as hipóteses em que o pleito licitatório torna-se inexigível em razão da inviabilidade de competição no caso concreto, conforme aduz DALLARI (2003, p. 46), quando afirma que “os casos de inexigibilidade são aqueles em que, logicamente, não existe possibilidade de licitação”. Ou ainda, tem-se que:

[...] a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público, ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato. (MEIRELES, 2012, p. 254)

Ou seja, literalmente, conforme Jessé Torres, "licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição".

A inexigibilidade trata-se de uma exceção à regra de licitação com evidente diferencial com relação aos casos de dispensa anteriormente estudados. Trata-se de conceito anterior já que é instaurada por inviabilidade de competição, ou seja, primeiro questiona-se da possibilidade de licitação, se a resposta for negativa já trata-se de caso de inexigibilidade; porém, somente se a resposta for positiva que questiona-se sobre a possibilidade de dispensa de licitação. “Em suma a inexigibilidade é uma hipótese extrajurídica e a dispensa uma criação legislativa”. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 406)

Neste sentido, a incerteza com relação à escolha pela dispensa de licitação por valor - incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93, conforme já estudado – ou pela inexigibilidade se desfaz:

Pode ocorrer que, sem embargo de ser inexigível o certame, o valor do contrato esteja dentro da faixa de dispensa de licitação (art. 24, I e II, Estatuto). Ou seja: haveria, em tese, possibilidade concomitante de enquadrar-se a hipótese como dispensa ou inexigibilidade de licitação. Para alguns, a Administração deve optar pela dispensa, com fundamento na economicidade, pelo fato de para ela não ser exigida publicação, diversamente do que ocorre com a inexigibilidade (art. 26, Estatuto). Não nos parece, contudo, o melhor entendimento. A dispensa e a inexigibilidade têm seus próprios pressupostos legais: nesta, a inviabilidade de licitação; naquela, a situação prevista na lei, embora viável o certame. Desse modo, o primeiro aspecto a ser examinado é se a licitação é viável ou não; se não o for, o caso é de logo a inexigibilidade. Só depois de constatada a viabilidade é que o administrador verifica se a situação se enquadra em algum caso de dispensa. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 169)

O art. 25 da Lei nº 8.666/93, traz, conforme seu rol exemplificativo, a previsão legal da inexigibilidade de licitação:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, **em especial:**

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (grifou-se)

Consonante ampla análise jurisprudencial, existe a concordância que as hipóteses acima citadas tratam-se de exemplos, sendo que, diante destas características resulta a inexigibilidade de licitação, ou seja, a norma restringiu-se a apenas elencar exemplos do que caracteriza a inviabilidade de competição, como pode ser verificado no trecho destacado do *caput* do artigo acima citado.

Reitera-se que essas hipóteses são apenas exemplificativas, pois a licitação pública é inexigível sempre que se estiver diante de inviabilidade de competição, conforme prescreve, com invulgar precisão e clareza, o *caput* do art. 25 da lei nº 8.666/93. Sempre que se constatar a impossibilidade de competição, está-se diante de caso de inexigibilidade, independentemente de qualquer previsão legal. A inexigibilidade denota as limitações da licitação pública, demarcando a linha extrema de seus préstimos (NIEBURH, 2008, p. 48) (grifou-se)

Ou ainda:

As hipóteses de inexigibilidade relacionadas na Lei 8666 não são exaustivas, sendo possível a contratação com base no *caput* do art. 25 sempre que houver comprovada inviabilidade de competição (Acórdão nº 2.418/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa) (JUSTEN FILHO, 2012, p. 409)

No intuito de melhor investigar a inexigibilidade, o doutrinador Marçal Justen Filho (2012, p. 406-407), sistematizou as causas de inviabilidade de competição, quais sejam, por ausência de pluralidade de alternativas, ausência de mercado concorrencial, impossibilidade de julgamento objetivo e ausência de definição objetiva da prestação.

A ausência da pluralidade de alternativas trata-se da clássica causa da

inexigibilidade, acima descrita, onde um serviço ou bem específico desejado pela Administração é prestado ou comercializado apenas por um particular, tornado inviável a licitação.

A ausência de mercado concorrencial denota os casos onde, embora existam diferentes alternativas para a contratação, não há disponibilidade de ofertas a qualquer momento, pois os particulares não se disporiam a competir entre si, em razão da natureza personalíssima do objeto em questão. Nestes casos, cabe ao Estado formular as propostas a estes particulares.

Por sua vez, a impossibilidade de julgamento objetivo verifica-se nos casos que a Administração não poderá utilizar-se de critérios objetivos, como a seleção através da melhor relação de custo benefício para o julgamento das propostas. Os serviços e bens de natureza personalíssima, como os acima descritos, envolvendo fatores intelectuais, artísticos, criativos, entre outros, também possuem a impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos. “Quando não houver critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido” (JUSTEN, 2012, p. 407).

Por fim, a ausência da definição objetiva da prestação traz a incerteza para Administração, pois esta, não possui a dimensão exata do objeto licitável. Ilustra-se este tipo de inexigibilidade com o exemplo da execução de serviços advocatícios, os quais cada decisão dependerá dos fatos ocorridos no momento, ou seja, é impossível mensurar os serviços que serão necessários já no momento do edital.

Em suma, de acordo com Hely Lopes Meirelles:

Em todos esses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público, ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato (MEIRELLES, 2012, p.284)

3.4.1 Aquisição de Materiais – Fornecedor Exclusivo

Apesar de se tratar de rol exemplificativo, tais hipóteses são clássicas e de extrema importância para o instituto da inexigibilidade de licitação, por isso serão estudadas separadamente.

Tem-se no art. 25, I da Lei de Licitação:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser **fornecidos** por produtor, empresa ou representante comercial **exclusivo, vedada a preferência de marca**, devendo a **comprovação de exclusividade** ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; (grifou-se)

Tal normativa trata apenas das compras, destacando-se as características da exclusividade e de sua comprovação e da vedação de preferência de marca.

A exclusividade se dá, conforme JUSTEN (2012, p. 411) a partir da ausência de pluralidade de alternativas de contratação, podendo ser verificada em função da existência de apenas uma solução técnica – casos de profundos conhecimentos tecnológicos – de representante exclusivo, de monopólio, de padronização, da ausência circunstancial de interessados ou ainda da dimensão territorial da questão.

Da mesma forma, para Diógenes Gasparini, tal exclusividade se dá de diversas formas, podendo apresentar-se de forma absoluta ou relativa:

“É absoluta quando no país só há um fornecedor ou único agente (produtor, empresa ou representante comercial) para prover os interesses da Administração Pública. Este é o fornecedor exclusivo. [...] relativa quando no país há mais de um fornecedor, empresa ou representante comercial, mas na praça há apenas um.” (2009, p. 553-554).

O atestado de exclusividade deverá ser fornecido pelo órgão de registro do comércio do local ou pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, por entidades equivalentes, devendo ser averiguado, conforme ensinamento do Tribunal de Contas da União:

[...] A Administração deve tomar as seguintes precauções antes de licitar: O atestado fornecido por um sindicato ou junta comercial não basta para comprovar a inviabilidade de competição; A administração deve se cercar de cautelas averiguando a veracidade das informações contidas nas declarações emitidas por sindicatos ou por juntas comerciais, nada mais representam do que um atestado de existência de uma carta de exclusividade nada garantindo acerca da veracidade do contido na carta [...] (Processo nº TC-008.818/2003-0. Acórdão nº 838/2004 – Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Diário Oficial da União, Brasília DF, 8/09/2004. Seção 1 – TCU)

A vedação de preferência de marca é amplamente difundida pela jurisprudência, sendo que uma das famosas vozes contrárias a tal vedação, o mestre Hely Lopes Meirelles, modificou o seu entendimento nas mais recentes atualizações, conforme afirma Jacoby Fernandes (2009, p. 567). Tal vedação encontra-se na Lei nº 8.666/93 em três diferentes artigos, a saber art. 7º,

§ 5º; art. 15, § 7º, I e neste inciso I do art. 25, sendo que excepciona-se apenas no primeiro art. citado, em casos especiais. Dessa feita, a preferência por marca, tanto na licitação quanto na inexigibilidade, é extremamente contra indicada, tendo a sua utilização confrontada inclusive pelo Tribunal de Contas da União.

3.4.2 Contratação de Serviços Técnicos Especializados

O art. 25, em seu Inciso II, trata das contratações de serviços técnicos, como definidos no art. 13 desta mesma Lei, com empresas e profissionais de notória especialização, conceituado no §1º, conforme segue:

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, **de natureza singular**, com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

§ 1º Considera-se de **notória especialização** o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se **serviços técnicos profissionais especializados** os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico. (grifou-se)

Destacam-se aqui os serviços técnicos, os quais devem possuir características de natureza singular e de notória especialização.

O objeto do contrato deve ser um dos serviços técnicos profissionais especializados, elencados no art. 13 da Lei de Licitação, que são, de acordo com Meirelles:

[...] os prestados por quem, além de habilitação técnica e profissional, exigida para os técnicos profissionais em geral, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de curso de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. Bem por isso, Celso Antônio considera-os singulares, posto que marcados por características individualizadoras, que os distinguem dos oferecidos por outros profissionais do mesmo ramo. (MEIRELLES, 2012, p. 268).

Tais serviços, conforme definidos no art. 13, quando não contratados via inexigibilidade devem o ser mediante modalidade de concurso, com a estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

Para se tratar de inexigibilidade a singularidade do serviço pretendido deve ser estabelecida com objetivo no interesse público e justificada nos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade.

Da mesma forma, conforme ensina Jacoby Fernandes (2009, p. 622), a notória especialização deverá obedecer a parâmetros e advir de desempenho anterior, estudos – publicados ou não – experiências em andamento ou já concluídas, publicações, aparelhamento e equipe técnica com conjunto de profissionais de notória especialidade.

3.4.3 Contratação de Profissional do Setor Artístico

Por fim, o Inciso III do art. 25 trata da hipóteses de contratação de profissional do setor artístico:

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Em oposição aos casos em que a Administração tem obrigações com relação aos incentivos dos valores artísticos – casos que demandariam contratações via licitação, modalidade concurso – tal hipótese de inexigibilidade de licitação traz situações onde a Administração necessita contratar artista para atender a demandas destacadas.

Dessa feita, faz-se necessário o cumprimento de certas exigências, conforme anotado no inciso supra citado, observando o interesse público, vedando-se escolhas desarrazoadas ou incompatíveis com o caso concreto.

Tais exigências indicam que o objeto da contratação deverá ser um profissional do setor artístico, ligando sempre o seu campo de atuação com a finalidade da contratação pois faz-se desnecessária a contratação de famoso cantor para atuar em uma peça ou então a contratação de um cantor lírico para uma festa popular ligada ao carnaval.

Por fim, tal contratação, que poderá ser feita diretamente com o artista ou através de seu empresário, só poderá ser feita via inexorabilidade quando tratar de artista consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, fator de extrema relativização:

Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser aliado de eventual contratação. A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 170)

O jurista Diógenes Gasparini apresenta solução para tal relativização, aceitando a crítica local ou regional consoante o valor do contrato, confrontando com os valores limites das modalidades de licitação:

[...] o dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode afirmar ser a crítica local, regional ou nacional, em razão do valor do contrato. Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite da tomada de preço será regional; se estiver dentro de limite de concorrência será nacional. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública. (GASPARINI, 2009, p. 560)

4 OS PROCEDIMENTOS PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA

Após o estudo sobre as exceções às regras das licitações, conhecendo a sua matéria, faz-se necessário tratar de como são feitas as contratações que se utilizam destas regras, conhecendo os procedimentos administrativos necessários e as formalidades que devem ser observadas.

A licitação não deve ser afastada apenas pela mera identificação do caso concreto,

em uma das hipóteses de incidência previstas na Lei de Licitação, devendo ser preenchidos alguns requisitos para que a Administração Pública possa contratar diretamente, por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Ao contrário da afirmação defendida por José Cretella Júnior (2009, p. 229) de que a “dispensa da licitação é a celebração direta de contrato entre a Administração e o particular sem nenhum procedimento administrativo prévio” a maior parte da doutrina concorda que, nas contratações diretas, é dispensado apenas o procedimento licitatório porém, sempre haverá o procedimento administrativo, justificando e motivando as razões da dispensa ou da inexigibilidade do certame.

[...] a dispensa e a inexigibilidade de licitação devem ser necessariamente justificadas e o respectivo processo deve ser instruído com elementos que demonstrem a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; a razão da escolha do fornecedor do bem ou executante da obra ou do serviço; e a justificativa do preço. Com esses elementos, a decisão da autoridade competente deverá ser submetida ao superior hierárquico para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos. (MEIRELLES, 2012, p. 270)

Evidencia-se dessa forma, que a contratação direta sem a observância das normas licitatórias, utilizando-se da dispensa e da inexigibilidade, não pode ser feita de maneira livre pela Administração, pelo contrário, a ela é exigida a observação de procedimentos administrativos especiais.

Por procedimento administrativo entende-se “[...] uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo” (MELLO, 2006, p. 480), ou ainda, conforme Gasparini:

Procedimento corresponde a rito, modo de proceder, ou, como diz Hely Lopes Meirelles: “é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”. Sendo assim, é fácil perceber que nem todos os processos administrativos têm um procedimento. Têm-no, por exemplo, o processo de licitação o processo de admissão de servidores, o processo expropriatório e o processo disciplinar. (GASPARINI, 2009, p. 857)

Por fim, tem-se ainda que, por determinação legal, conforme o art. 89 da Lei nº 8.666/93²¹, tanto é irregular dispensar ou inexigir indevidamente a licitação, quanto deixar de adotar

21 Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou **deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade**:

os procedimentos previsto em lei. Razão pela qual demonstra-se novamente a essencial importância do presente capítulo, quando trata destes procedimentos, fornecendo maior segurança para a Administração.

Dessa feita, no presente capítulo, serão destacados os mais importantes requisitos formais, presentes na jurisprudência e na própria Lei de Licitações, em variados artigos, destacando-se o art. 26 concluindo com a questão da exigência da publicidade dos instrumentos de inexigibilidade e dispensa e os efeitos jurídicos advindos da não publicação destes.

4.1 FORMALIDADES PROCEDIMENTAIS NA CONTRATAÇÃO DIRETA

O procedimento administrativo para a contratação direta iniciará de forma similar ao procedimento licitatório ordinário, consoante art. 38 da Lei de Licitação, já estudado no segundo capítulo deste, possuindo sua fase interna e externa.

No geral a etapa interna não se diferencia quando comparados com os caso de licitação e os casos em que ela não ocorre. A administração deverá definir o objeto a ser contratado e as condições contratuais a serem observadas. A maior diferença residirá em que os atos internos conduzirão à contratação direta, em vez de propiciar prévia licitação. (JUSTEN FILHO 2012, p. 444)

Dessa feita, sua fase interna observa às etapas iniciais comuns tais quais a confecção do termo de referência, contendo a delimitação do objeto a ser licitado, sua motivação e justificativa, especificações técnicas, prazos de entregas ou execução e prazos de pagamento, orçamentos, entre outros.

Em razão desta similaridade, verifica-se até a possibilidade de tal processo de contratação direta iniciar-se como uma licitação e somente depois, quando nota-se tratar de um caso de exceção à regra licitatória, converter-se em uma contratação direta.

Já na etapa externa, o procedimento torna-se mais simples do que para os casos normais de licitação, sendo que a contratação direta ocorre de maneira mais célere e com certa liberdade, porém observando, sempre que possível, aos princípios básicos licitatórios, conforme ensina Marçal, objetivando a assinatura do contrato, conforme sua definição, contida no parágrafo único do art. 2º²² da Lei de Licitação.

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. (grifou-se)

22 Art. 2º. [...] Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e

Na etapa externa haverá uma relativa liberdade de escolha da proposta e do contratante. A administração tem o dever de escolher um contratante qualificado e a proposta mais vantajosa possível. [...] Em suma, os casos de ausência de licitação não se destinam a selecionar qualquer proposta. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 444)

Na continuação, serão tratadas as formalidades necessárias para a contratação direta, demonstrando as especificidades sobre a instrução deste processo, a motivação para a contratação direta pretendida, a justificativa da escolha do fornecedor ou prestador do serviço, a justificativa do preço, a ratificação da autoridade superior e finalmente a publicação do instrumento de dispensa ou inexigibilidade, segundo, principalmente, o art. 26 da Lei de Licitação:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Além destes, deverá também observar, conforme atenta a jurisprudência de Jacoby Fernandes (2009, p. 648), os mandamentos contidos nos arts. 7º, I; 14, 29, III e IV e 54, § 2º, cuidando para que os processos de dispensa de licitação contenham os seguintes itens: projeto básico do serviço a ser executado, indicação dos recursos, razão da escolha do fornecedor ou executante, justificativa do preço contratado, prova de regularidade relativa a tributos federais e encargos sociais instituídos por Lei.

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e

a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: [...]

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. [...]

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

Por fim, atenta-se que a questão da publicação na imprensa oficial será tratada, com destaque, apenas nos próximos subcapítulos deste estudo.

4.1.1 A Instrução do Processo de Contratação Direta

O processo de contratação direta – processo aqui referido no sentido da abertura dos autos, com numeração, etc – deverá ser instruído seguindo formalidades especiais, com conteúdos específicos, contendo as razões da contratação sem a licitação, além de conter os pareceres técnicos e jurídicos.

Este processo inicia-se, conforme já abordado, de forma similar ao processo licitatório ordinário, qual seja, na mente da Administração, em uma área interessada, específica de um determinado órgão, a qual dará a abertura ao procedimento, devendo confeccionar um termo de referência, contendo a delimitação do objeto a ser licitado, sua motivação e justificativa da contratação, especificações técnicas, entre outros, devidamente autuado e numerado e autorizado pela autoridade superior competente. Em determinado momento será juntado ao processo documento na qual a Administração aponta que tal contratação deverá ser feita via contratação direta, justificando tal decisão.

Com relação à esta justificativa que a Lei de Licitação exige, no *caput* do art. 26 – e que será tratada em detalhes a seguir – tem-se basicamente que:

É um documento em que a Administração explicita as razões da contratação direta, demonstrando a ocorrência de todos os requisitos exigidos pela lei para que o órgão possa contratar diretamente, além de evidenciar os motivos da escolha do fornecedor ou executante e explicitar a justificativa do preço contratado. (FERNANDES, 2009, p. 649)

Dessa feita seu conteúdo deve contemplar, principalmente, todos os requisitos exigidos pela lei, variando entre os diversos tipos de exceções à licitação, conforme cada caso já estudado. O administrador também deve demonstrar seu cuidado com o erário e evidenciar a sua busca pela proposta mais vantajosa, objetivo inicial do pleito licitatório, que agora tem de ser comprovada em razão da escusa da licitação.

Já a função do parecer técnico, como ensina Jacoby (2009, p. 649), é a de definição do objeto, com suas características restritivas à competição, justificando tais motivos e evidenciando a necessidade da contratação e a análise de mercado e custo da futura contratação, justificando a compatibilidade com os preços praticados no âmbito da Administração.

Por fim, o parecer jurídico – que é exigido em alternativa ao parecer técnico, ou vice-versa – geralmente trata da verificação dos elementos contidos nos autos, analisando a aderência dos fatos à norma legal, limitando sua seara técnica e econômica de manifestação e assegurando a razoabilidade da tese observada.

4.1.2 Justificativa da Contratação Direta – Motivação

A justificativa da contratação direta, exigida no *caput* do art. 26, para todas as inexigibilidades e dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e incisos III e seguintes do art. 24, trata da efetivação do princípio da motivação dos atos administrativos. A Lei nº 9784/99, em seu art. 50, também traz tal referência, sendo ainda mais generalista, abarcando todos os atos administrativos que dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório²³.

Sobre a motivação dos atos administrativos, Hely Lopes Meirelles afirma que:

23 LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999 – Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal

Art. 50. **Os atos administrativos deverão ser motivados**, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; (grifou-se)

por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos determinantes da lei) (MEIRELLES, 2012, p. 100)

A motivação deverá incluir os documentos que a embasaram, ou quando já contidos nos autos, suas referências e citações às suas folhas.

Acerca da necessidade da motivação para a contratação direta, Jessé Torres Pereira e Marinês Dotti são incisivos e ainda afirmam que, em razão de estarem fora do pleito licitatório, o ônus probatório de legalidade e legitimidade é invertido, tendo que ser comprovado pelos agentes, aumentando o nível de exigências de tais justificativas e motivações:

Impõe-se o dever de justificar a decisão que autoriza a contratação direta mediante explicitação dos motivos (razão de fato e de direito) que a sustentam. Cumpre-se, assim, o princípio administrativo da motivação necessária e confere-se ao negócio jurídico que se formalizará, sobretudo em relação à norma do art. 113 da Lei nº 8.666/93, que incumbe os órgãos e entidades públicos de demonstrarem a legalidade e a regularidade da despesa e da execução, clara inversão do ônus probatório que afeta a presunção de legalidade e legitimidade atribuída aos atos administrativos em geral. (PEREIRA JÚNIOR & DOTTI, 2012, p. 290)

Por fim tem-se que, de acordo com Jacoby (2009, p. 653), a justificação da contratação direta, bem motivada, demonstra um processo transparente, característica em muito desejada pela sociedade. Porém, quando tal justificativa não vem ao encontro do interesse público impõe-se a anulação dos atos administrativos.

a) Caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa – Inciso I

O inciso I do art. 26 exige a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando esta tratar de situações de emergência ou calamidade pública, conforme Inciso IV do art. 24, da Lei nº 8.666/93, já estudada no capítulo anterior.

Ou seja, nesses casos faz-se necessário que a justificativa aqui tratada contenha não somente a declaração de uma situação emergencial e sim a sua motivação, esclarecendo e

formalizando tal situação de forma razoável.

Mesmo numa situação emergencial, deve o administrador evidenciar os motivos do seu convencimento pela necessidade da contratação direta, não podendo limitar-se à declaração de que há uma emergência ou calamidade, devendo caracterizá-la. (FERNANDES, 2009, p. 654)

4.1.3 Justificativa da Escolha do Contratado

Em seu Inciso II, o art. 26 exige ao agente público justificar a razão da escolha do fornecedor ou do executante, do objeto definido para a contratação direta, escolha esta que deverá observar o art. 9º²⁴ da Lei de Licitações e não ofender o princípio da moralidade administrativa.

Existe íntima ligação desta exigência com os casos em que a licitação é dispensável, em razão de peculiaridades da pessoa contratada, nas situações dos incisos VIII, XIII, XVI, XX, XXII, XXIII, XXIV E XXVI do art. 24, conforme já estudado anteriormente, fazendo-se necessária a justificativa da situação que gerou a dispensa com as razões da escolha do executante ou fornecedor.

Já nas licitações dispensáveis por situações excepcionais, incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV, XVIII, XXVII, XXVIII do art. 24, observa-se certa margem de subjetividade na escolha do fornecedor ou executante, fazendo-se necessária, de maneira análoga, o procedimento de justificativa destes, de forma objetiva.

24 Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

De acordo com Jacoby (2009, p. 656), aqui são admitidas justificativas que tornariam o ato convocatório de uma licitação nula, como por exemplo o caso de justificar “para escolha do fornecedor que se faz pela proximidade do mesmo com a comunidade afetada pela emergência”, o qual, em um caso normal de licitação, diminuiria a competitividade, agindo de forma isonômica, mas que no determinado caso concreto se faz necessário.

A justificativa da escolha do contratado também é ponto importante nos casos de inexigibilidade dos incisos I, II e III do art. 25, sendo necessário a compatibilidade entre o ramo da empresa e a sua finalidade com o objeto a ser executado ou adquirido, conforme ensina o TCU, em seu Acórdão nº 2505/2006:

[...] verifique, tanto nas licitações como em suas dispensas e inexigibilidades se o ramo da atividade da empresa licitante ou se a finalidade da instituição sem fins lucrativos é compatível com o objeto a ser contratado. (D.O.U., 08/09/2006. p. 119)

4.1.4 Justificativa de Preço

Em função do princípio da vantajosidade e do respeito ao erário todos os procedimentos licitatórios devem possuir a justificativa de preço. De acordo com Marçal (2012, p. 447) a “validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública” admitindo-se a utilização de tal regra para a contratação direta, pois não é cabível a ela efetivar contratação “por valor desarrazoado”.

Como regra geral Marçal afirma que:

A validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública, não podendo esta efetuar contratação por valor desarrazoado. (JUSTEN FILHO, 2012, p.447)

Buscando isso, o contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições similares ao praticado com o particular, não admitindo-se que o particular tire vantagem da Administração, elevando o seu preço em razão da necessidade pública ou da falta de outros competidores.

Antes mesmo do início de qualquer contratação faz-se necessário o prévio conhecimento estimado de custo, em respeito ao premitido nos arts. 7º, §2º, II e III²⁵ para as obras e serviços, sendo exigível para as contratações diretas em razão de seu § 9º; para os contratos de compras no art. 14²⁶; e de forma genérica no *caput* do art. 38²⁷.

Este conhecimento poderá ser feito, dependendo do caso, em uma planilha de custos ou até em uma pesquisa de preços mais singela, com poucas empresas.

Por fim, Jacoby dispõe que:

A regra inafastável que precisa ficar definida é que a administração pública não pode justificar o preço com a mera declaração de que, em virtude da inexigibilidade da licitação, verificada na espécie, contratou com o preço cotado pelo único fornecedor, ou único possível. Justificar o preço, não é, em absoluto, informar que a administração se sujeitou ao preço imposto pelo contratado. O sentido do termo é muito mais amplo: Justificar o preço é declarar, conforme o que for determinado em cada inciso ou parágrafo do artigo que autoriza a contratação direta, se o valor contratado é compatível com o de mercado, ou se é o preço justo, certo, que uma avaliação técnica encontraria. (FERNANDES, 2009, p. 673)

a) A Habilitação na Contratação Direta

Verifica-se também a presença da fase da habilitação nos procedimentos administrativos para a contratação direta, de forma análoga a esta fase na licitação, exigindo o preenchimento dos requisitos de habilitação e vedando a participação dos interessados que não o cumprirem.

Os processos de dispensa de licitação devem conter documentos que indiquem a prévia

25 Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: [...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: [...]

II - **existir orçamento detalhado em planilhas** que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - **houver previsão de recursos orçamentários** que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

[...] § 9º **O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.** (grifou-se)

26 Art. 14. **Nenhuma compra será feita sem** a adequada caracterização de seu objeto e **indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento**, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa. (grifou-se)

27 Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do **recurso próprio para a despesa**, e ao qual serão juntados oportunamente: (grifou-se)

pesquisa de preços de mercado, em relação ao objeto a ser contratado/adquirido, e a habilitação do respectivo fornecedor/prestador de serviços. (Acórdão nº 409/2007, 1ª C., rel. Min. Valmir Campelo) (JUSTEN FILHO, 2010, p. 445)

4.1.5 Comunicação à Autoridade Superior

A comunicação à autoridade superior está subentendida no *caput* do art. 26, quando da necessidade de ratificação dos atos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, podendo a autoridade superior agir ratificando tais atos, ou então verificando ausências na instrução do processo pedir para a área competente que resolva tais pendências ou faltando requisitos essenciais proceder com a anulação dos atos e até determinar a apuração de responsabilidade.

A autoridade superior não poderá ratificar seu próprio ato, ou ato de agente que atuou por sua delegação. Destaca-se neste caso que se a autoridade superior do órgão é quem está produzindo a contratação, entende-se que tal ratificação já foi feita, pelo entendimento de Marçal, que a ratificação tem o sentido de conhecimento o processo.

4.2 A PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL

Conforme já anteriormente estudado, apesar da escusa do procedimento licitatório completo, a contratação direta, via dispensa ou inexigibilidade, exige da Administração um procedimento administrativo próprio. Uma das últimas etapas deste procedimento é a publicação do instrumento de dispensa ou de inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, após ratificação da autoridade superior, a qual está destacada no *caput* do art. 26 da Lei nº 8.666/93.

A publicidade, conforme ensina o doutrinado Joel de Menezes (NIEBUHR, 2008, p. 36), remonta aos princípios da república (do latim *res publica*, coisa pública), demonstrando ainda mais o dever do Estado de amplamente divulgar todos os seus atos, legitimando-os. O princípio da publicidade, conforme já aqui estudado, está ligado aos princípios administrativos da moralidade, legalidade e isonomia, sendo previsto, além do *caput* do art. 3º, em seu § 3º.

A publicação, conforme exigência contida no art. 26, somente é obrigatória para as

hipóteses abarcadas pelos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, além das situações de inexigibilidade referidas no art. 25 e do retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, só se impondo se o ato já estiver ratificado por autoridade superior, ratificação esta que deverá ser juntada nos autos.

Tem-se, para a publicação dos atos supracitados, o prazo de até cinco dias, contados a partir da ratificação da autoridade superior. Tal prazo é contado sem considerar o dia do início e inclui o dia do vencimento, conforme art. 110 da Lei nº 8.666/93²⁸.

No campo da contratação direta a sua importância está ligada à comunicação da existência da dispensa ou da inexigibilidade, tendo propósitos diferentes para cada caso.

Em uma inexigibilidade, a publicidade legitima o ato administrativo que afastou a licitação em razão da inviabilidade de competição. Uma vez publicado, fica claro que tal serviço ou compra realmente trata-se de único prestador ou fornecedor quando nenhum outro particular questiona esta publicação. Certamente, existindo outro fornecedor ou prestador de serviço capaz de realizar o objeto de contratação, tal publicação seria questionada.

Situação análoga ocorre na publicidade das dispensas de licitação, nas hipóteses dos incisos V e VII do art. 24, que servirá como aviso aos particulares, os quais, podendo cumprir os valores outrora não atingidos, questionarão o procedimento administrativo que gerou a publicação no diário oficial.

Ademais, verifica-se na publicação dos instrumentos de dispensa e inexigibilidade de licitação, as utilidades de controle das contas estatais e controle da legalidade processual, tanto pelos órgãos de controle ou mesmo pela sociedade civil, entre outras.

Atenta-se que a publicação deverá ser feita no Diário Oficial, ou seja na imprensa oficial do órgão, que poderá ser da União, dos Estados, do Distrito Federal e inclusive dos Municípios, ao contrário do que é estabelecido para os casos do inciso II do art. 21²⁹, quando os Diários Oficiais dos Municípios não tem valor. A publicação poderá ser feita também nos Diários Oficiais Legislativo e Judiciário, quando o órgão de publicação definido por lei para estes órgãos

28 Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

29 Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: [...]

II - no **Diário Oficial do Estado**, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da **Administração Pública Estadual ou Municipal**, ou do Distrito Federal; (grifou-se)

coincidirem. Porém veda-se a publicação em boletins dos órgãos ou quadros de avisos, por mais ampla que seja a sua distribuição, em função da exigência taxativa de publicação no Diário Oficial.

Conforme ensina Jacoby (2009, p. 678), será publicado um extrato do instrumento que afastou a licitação, devendo conter informações mínimas tais quais: órgão contratante; contratado; fundamento legal da dispensa ou da inexigibilidade; objeto do contrato; autoridade ratificadora, com seu nome e cargo; nº do contrato (se houver); data, valor e prazo de validade do contrato, entre outras informações julgadas necessárias, observando o princípio da economicidade – a impressão dos diários oficiais é paga, através de dispensa de licitação, conforme art. 24, XVI.

Por fim, após a publicação do extrato do instrumento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, conforme entendimento jurisprudencial, consoante os termos do parágrafo único do art. 61 da Lei de Licitação, dispensa-se a necessidade da publicação do extrato do contrato gerado:

Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, **ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.**

Ou ainda, conforme corroboram Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti, que brilhantemente explicitam tal ressalva trazendo ainda uma citação do Tribunal de Contas da União:

O art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 obriga a publicação do resumo do contrato na imprensa oficial, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 26. Da ressalva resulta que, na contratação direta, o ato administrativo que a autoriza deve ser publicado, desnecessária, por exclusão estabelecida pela norma, segunda publicação relativa ao resumo do contrato, que é obrigatória apenas nos contratos decorrentes de licitação. [...] Recolha-se a orientação do Tribunal de Contas da União:

9.1.8 quando contratar serviços ou comprar produtos por inexigibilidade ou dispensa de licitação, publique a ratificação da dispensa, bem como a justificativa de preço e do fornecedor/contratado, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.666/93; (Acórdão nº 1691/2004, Primeira Câmara, Relator Min. Marcos Vileça, Processo TC nº 010.067, DOU de 23.07.2004) (PEREIRA JÚNIOR & DOTTI, 2012, p. 293-294)

Dessa feita, conclui-se que, após a publicação do instrumento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, cumpridas as exigências pretéritas aqui estudadas, o contrato advindo deste procedimento administrativo está pronto para ser assinado e cumprir seus efeitos esperados.

Questiona-se então, o que ocorrerá quando da não publicação destes instrumentos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

4.3 OS EFEITOS JURÍDICOS DA NÃO PUBLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Conforme ensina o *caput* do art. 26 da Lei nº 8.666/93, **a não publicação dos instrumentos de dispensa e inexigibilidade de licitação**, mesmo quando cumpridas todas as exigências formais, **torna ineficaz os atos, pretéritos e futuros:**

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e **publicação na imprensa oficial**, no prazo de 5 (cinco) dias, **como condição para a eficácia dos atos.** (grifou-se)

Segundo o jurista Marçal (2012, p. 76), o princípio da publicidade “visa garantir a transparência da atuação estatal e a plena participação da sociedade na produção dos atos administrativos.” Através disso MEIRELLES (2012, p. 92) afirma que “pela publicação, os atos irregulares não são convalidados, nem os regulares a dispensam”, demonstrando ainda mais a importância da comunicação dos atos administrativos, assegurando que estes só passam a ter eficácia, isto é, a produzir efeitos, após a sua publicação, quando esta é exigida pela Lei.

Consequentemente, conforme ensina Jacoby (2009, p. 676), torna-se evidente que a eficácia dos contratos, que a Administração Pública assina com os particulares, advindos de tais atos, também está condicionada à publicação do instrumento de dispensa ou de inexigibilidade, no prazo de cinco dias contados de sua ratificação pela autoridade superior, na imprensa oficial. Caso contrário, tal contrato não possui eficácia e, por ora, não está apto a gerar os efeitos jurídicos por ele

esperados.

Entretanto, parte da jurisprudência defende a recuperação da eficácia deste contrato supracitado, através da publicação tardia dos instrumentos de dispensa e inexigibilidade, tornando-o assim apto a produzir os seus efeitos jurídicos.

4.3.1 A Publicação Tardia dos Instrumentos de Dispensa e Inexigibilidade

Após verificação da falha procedimental na contratação direta do objeto pretendido, advinda da não publicação, na imprensa oficial, do instrumento de dispensa ou inexigibilidade, tem-se que o contrato assinado entre a Administração Pública e o particular encontra-se ineficaz para produzir os efeitos jurídicos por ele esperado. Isso é o que traz a norma do art. 26 da Lei de Licitação.

Entretanto, para que este problema não se torne algo que impossibilite o cumprimento do contrato, resultando em danos ainda maiores para o interesse público, faz-se necessário observar as diferenças constantes entre a vigência e a eficácia.

Conforme ensina o mestre Jair Eduardo Santana, em seu artigo “Art. 26 da Lei nº 8.666/93 Não Observância dos Prazos Respectivos Reflexos nos Ajustes Decorrentes da Contratação Direta Emergencial Distinção entre Eficácia, Vigência e Validade”³⁰, a “**vigência** é um fenômeno que se verte na perspectiva **histórico-temporal**”, implicando força e vigor e a “**eficácia**, por sua vez, se refere à **potencialidade para eclodir efeitos jurídicos necessários**”.

Neste sentido, verifica-se a possibilidade de, em um contrato vigente, ou seja já assinado pelas partes em data pretérita, mesmo que tenha sido assinado em data retroativa, ter a sua eficácia reconhecida também de maneira retroativa:

Assim, na linha que perseguimos, a **eficácia dos atos** a que alude o art. 26 da Lei nº 8.666/93 (atos que se petrificam num contrato) pode muito bem **reconhecer a eficácia de atos praticados de modo pretérito; é, na hipótese, uma eficácia que retroage no tempo pela simples previsão da vigência contratual retroativa.** (SANTANA, 2007, p. 884)

30 Disponível em <http://www.jairsantana.com.br/admin/arquivos/Art._26_8.666.pdf> acessado em 23/06/2013.

Dessa feita, é opção para tornar tal contrato eficaz a publicação, ainda que tardia, dos extratos de dispensa ou inexigibilidade, conforme corrobora o jurista Diógenes Gasparini:

A publicação, nos termos desse art. estatutário, deve ser na imprensa oficial. O atendimento de tais exigências é necessário para a eficácia desses atos. Vale dizer: somente será possível a contratação depois de observado esse procedimento, que termina com a publicação na imprensa oficial do ato de ratificação da dispensa de licitação, acompanhado de sua justificativa. A partir daí tem-se a contratação e a execução do contrato. A falta da publicação no momento oportuno não invalida, por si só, a contratação, apenas serve de motiva para responsabilizar, mediante procedimento disciplinar o servidor omissivo quanto a essa obrigação. (GASPARINI, 2009, p. 466)

Ou ainda, seguindo o mesmo raciocínio, ensina Marçal Justen Filho que tal contrato é perfeito e válido logo, poderá ter seu obstáculo – a falta da publicação – suprimido, tornando-se eficaz e apto a produzir seus efeitos jurídicos:

Cabe à autoridade superior ratificar a decisão de promover a contratação direta, assim como as condições contratuais. A aprovação pela autoridade superior é condição de eficácia da decisão do subordinado. Deverão ser divulgadas pela imprensa oficial as contratações efetivadas com dispensa e inexigibilidade de licitação. Pela redação do parágrafo único, confirma-se que a publicação se fará após aperfeiçoada a contratação. Não se trata, portanto, de condição de sua validade. Deve-se reputar que a publicação constitui condição de eficácia da contratação, nos termos do art. 61, § 1º. A distinção entre requisito de validade e de eficácia é simples, do ponto de vista prático. Se um requisito de validade fosse infringido, seria impossível seu suprimento e existiria obstáculo a promover a execução do contrato posteriormente. Não é o que se passa. Alude-se a requisito de eficácia porque se reconhece que o contrato é válido e perfeito. O único problema é que não poderá ser executado nem produzirá efeitos plenos enquanto não cumprida a formalidade de publicação” (JUSTEN, 2012, p. 292)

Ou seja, o contrato é válido e perfeito, porém não produzirá efeitos plenos enquanto não for cumprida a publicação. Porém, atenta-se que, se um requisito de validade fosse atingido o seu suprimento tornaria-se impossível, impossibilitando a execução do contrato posteriormente.

Corrobora com tal tese Carlos Ari Sundfeld:

O dispositivo estipula os prazos de 3 dias corridos para o agente comunicar sua decisão ao superior e de 5 dias corridos para este a ratificar e publicar. A inobservância dos prazos gera apenas efeitos de ordem disciplinar para os agentes relapsos, além de retardar a eficácia do ato. Mas não impede a ratificação ou publicação extemporânea (SUNDFELD, 1994, p. 62)

Ou ainda, novamente o mestre Jair Eduardo Santana:

Enfim, não tendo sido possível a formalização do procedimento nos prazos elencados na lei e espelhando a situação de fato execução de ajuste prévio (sem, portanto, as formalidade corporificadas), a publicação e a contratação posterior podem retroagir à data do acontecimento respectivo, a bem da transparência, da publicidade, da lealdade e de valores outros entranhados na supremacia do interesse público. (SANTANA, 2007, p. 885)

Por fim fica claro que, mesmo não tendo sido formalizada a situação da publicação do extrato da dispensa ou da inexibibilidade de licitação dentro do prazo exigido, a sua eficácia aguarda o momento desta publicação, tornando o contrato apto a cumprir seus efeitos jurídicos esperados a partir de sua publicação e, se necessário for, retroage ao início da validade do contrato, dando eficácia aos efeitos e execuções já realizados.

5 CONCLUSÃO

Concluído o presente estudo, faz-se necessário um retorno aos principais objetivos propostos, pretendendo a verificação das metas atingidas. De mesma sorte, mister recapitular alguns dos importantes pontos abordados durante esta monografia.

Dessa feita, este trabalho iniciou-se através dos conceitos de Direito Administrativo e de Licitação, equalizando tais definições juntamente com os princípios licitatórios e com os conhecimentos teóricos necessários para a continuação deste, sempre partindo do mais amplo para o mais específico, característica esta verificada em grande parte desta monografia.

Como um objetivo geral traçado, o conhecimento básico sobre a licitação pode ser verificado ainda no primeiro capítulo do desenvolvimento deste estudo, por intermédio da análise das modalidades e tipos de licitação existentes. Para um agente público o conhecimento das modalidades e as suas diferenças, assim como os tipos de licitação existentes, é imprescindível para a boa prática, somente obtida no dia a dia.

Verificou-se então que as cinco modalidades licitatórias são as espécies de licitação, possuindo grandes diferenças, sendo divididas, principalmente, conforme o valor a ser dispendido – de acordo com orçamento prévio – e o objeto a ser licitado, no caso dos concursos e do leilão, existindo ainda uma sexta modalidade, prevista em lei posterior à Lei de Licitação, para bens e serviços mais comuns, denominada de pregão. Ainda foram estudados os tipos de licitação, que são os critérios de julgamento os quais devem ser utilizados, de acordo com as exigências necessárias, na obtenção da melhor proposta, podendo ser esta a mais barata, a mais barata e com uma técnica mínima, a que possui a melhor técnica ou ainda o maior preço, nos casos de leilão.

Na sequência, finalizando este capítulo inicial, observou-se os procedimentos licitatórios, tema de decisiva importância para o correto desenvolvimento da licitação. Neste sentido, verifica-se cada vez mais as demandas formais que os órgãos auditores impõe à Administração Pública, elevando a importância deste tema específico.

Dessa forma, destaca-se a fase interna da licitação com a observância das exigências contidas, em sua grande maioria, no art. 38 da Lei nº 8.666/93, a saber: a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa. Conclui-se que, se a fase interna não for instruída de forma otimizada, todo o certamente licitatória correrá riscos.

Atingido o objetivo do estudo básico relativo à licitação, parte-se para o conhecimento sobre as exceções à regra licitatória, a saber, os casos de inexigibilidade e dispensas de licitação.

Verificou-se que a inexigibilidade trata da licitação impossível, uma vez que, perante determinadas situações, o pleito licitatório não consegue atingir os princípios básicos do interesse público e da melhor oferta. A inexigibilidade ocorrerá em especial, conforme indica o art. 25 da Lei de Licitação, para a aquisição de materiais, equipamentos, contratação de serviços técnicos singulares, para a contratação de profissional do setor artístico e em geral quando da inviabilidade de competição.

Já as dispensas de licitação são casos os em que, apesar da possibilidade de competição e da existência do certame, o legislador preferiu dispensá-la, em função de situações especiais. O art. 17 apresenta os casos em que as licitações já estão previamente dispensadas, tratando dos casos de alienação de bens da Administração. Já o art. 25 normatiza os casos específicos onde a licitação se faz dispensável, através dos critérios de valor a ser contratado, de situação no momento da contratação e de peculiaridades do objeto a se obter ou ainda da pessoa a ser contratada.

No último capítulo do desenvolvimento desta monografia tratou-se dos precedimentos formais necessários para efetuar a contratação direta, sem o certame licitatório. Para tanto, deve-se observar regras e atos administrativos mínimos, afim de garantir a lisura do contrato a ser firmado pela Administração com a outra parte.

Verificou-se a necessidade da instrução do processo, com exigências similares às da fase interna de um processo licitatório ordinário, além da importância da motivação da contratação e das justificativas da escolha do contratado e do preço, em função da impossibilidade da observância por completo dos princípios da isonomia, da competitividade e da vantajosidade.

Além disso as formalidade, observadas principalmente no art. 26 da Lei nº 8.666/93, exigiam a comunicação do ato de dispensa ou inexigibilidade para a autoridade superior, que deverá ratificá-lo e publicá-lo na imprensa oficial, observando os prazos exigidos neste mesmo diploma.

Reservou-se para a última parte o objetivo central deste estudo, qual seja, a não observância da publicação dos instrumentos de inexigibilidade e dispensa na imprensa oficial e seus efeitos jurídicos no contrato firmado entre a Administração e a outra parte.

Os efeitos jurídicos da inobservância desta publicação tornam o contrato ineficaz, porém ele continua sendo válido e perfeito com a sua vigência atrelada ao momento da assinatura do mesmo.

A ineficácia do contrato, por sua vez, impossibilita este de cumprir os seus efeitos esperados, ou seja, os objetivos buscados por ele. Para a resolução deste conflito tem-se a publicação extemporânea dos instrumentos de inexigibilidade e dispensa, tornando os contratos, que já eram válidos, eficazes desde o momento da assinatura do mesmo.

Enfim frisa-se que, em decorrência do próprio limite físico máximo estabelecido, o presente estudo não possui o intuito de esgotar todas as questões que envolvem a matéria. Pelo contrário, de acordo com as metas estipuladas, buscou-se atingir os objetivos, apenas iniciando a discussão de um tema que ainda pode ser abordado de diversas formas e visões jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7ª Edição. São Paulo: Método, 2011.

_____. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição. São Paulo: Método, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5ª Edição. São Paulo: Fórum, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 7 de maio de 2013.

_____. Decreto n. 3.555, de 8 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em 8 de maio de 2013.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 2 de maio de 2013.

_____. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em 5 de maio de 2013.

_____. Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; 81 e revoga o § 1º do art. 2º da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm>. Acesso em 21 de maio de 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense,

2009.

DALLARI, Adílson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. - 6ª ed. Belo Horizonte: del Rey, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Curso de Direito Administrativo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

MELO, Thiago Dellazari. **A utilização do sistema de registro de preços por órgãos que não participaram da licitação: uma análise do artigo 8º do Decreto Federal n. 3.931**. Revista IOB de Direito Administrativo. São Paulo: IOB, n. 39. mar. 2009.

MENDES, Renato Geraldo. **A licitação é regra ou exceção: repensando a contratação direta**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 de junho de 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 1ª ed. Curitiba: Zênite, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública atual**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres & DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

SANTANA, Jair Eduardo. **Art. 26 da Lei nº 8.666/93 Não Observância dos Prazos Respetivos Reflexos nos Ajustes Decorrentes da Contratação Direta Emergencial Distinção entre**

Eficácia, Vigência e Validade. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, Set. 2007. <http://www.jairsantana.com.br/admin/arquivos/Art._26_8.666.pdf>. Data de acesso: 26/06/2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo.** 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TRIGUEIRO, André. Meio ambiente no século 21. 3ª ed. Campinas: Autores Associados LTDA, 2005.